

Beskatning av grenseoverskridende omorganiseringer i Norge og EU

Forholdet mellom Fusjonsbeskatningsdirektivet, SE-forordningen, EØS-avtalen og
Skatteloven § 11-22

Kandidatnr:593

Veileder:Aleksander Grydeland

H-03

Leveringsfrist: 10 november 2003

Til sammen 39791 ord

13.01.2004

Innholdsfortegnelse

<u>DEL 1. INNLEDNING</u>		<u>7</u>
<u>1</u>	<u>TEMA, METODE, AVGRENSNING OG OPPLEGG.</u>	<u>7</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	7
1.2	METODE	8
1.3	AVGRENSNING OG OPPLEGG	10
<u>2</u>	<u>GRUNNLEGGENDE HENSYN OG BEHOVET FOR UNNTAK FRA PRINSIPPET OM DISKONTINUITET</u>	<u>12</u>
2.1	EFFEKTIVE BEDRIFTS- OG SAMFUNNSØKONOMISKE OMORGANISERINGER	12
2.2	BEHOVET FOR VERN AV SKATTEFUNDAMENTER	13
2.3	LIKE KONKURRANSEVILKÅR SOM VÅRE HANDELSPARTNERE	13
2.4	LIKEBEHANDLING MED NASJONALE TRANSAKSJONER	14
2.5	ADMINISTRATIVE HENSYN	14
2.6	FORUTBEREGNELIGHET	17
2.7	HENSYNET TIL TREDJEPARTER	17
2.8	SYMMETRIHENSYN	17
<u>DEL 2. FORHOLDET TIL EØS-RETEN</u>		<u>18</u>
<u>3</u>	<u>GRUNNLAG FOR BEHANDLING AV EØS-RETEN</u>	<u>18</u>
<u>4</u>	<u>NORGES FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN</u>	<u>19</u>
4.1	INNLEDNING	19
4.2	KORT OM METODE	19
4.3	RESTRIKSJONSFORBUD/DISKRIMINERINGSFORBUD PÅ SKATTEOMRÅDET.	19
4.4	KOMMER ET RESTRIKSJONSFORBUD/DISKRIMINERINGSFORBUD TIL ANVENDELSE PÅ OMORGANISERINGER?	20
4.5	FORELIGGER DET EN RESTRIKSJON I STRID MED ARTIKKEL 31?	22
4.5.1	OM VURDERINGEN	22

4.5.2	SITUASJONER DER BÅDE NORSKE OG UTENLANDSKE SELSKAPER ER UNDERLAGT SAMTYKKEORDNINGEN	22
4.5.3	OMORGANISERINGER MED UTENLANDSK OVERTATT SELSKAP ETTER §§ 11-1 FLG	23
4.5.3.1	Kan restriksjonen rettferdiggjøres?	25
4.5.3.2	Forholdet til den manglende underliggende selskapsrett	25
4.5.4	DER DEN UNDERLIGGENDE SELSKAPSRETT IKKE ER TIL HINDER – OMORGANISERINGER MED NORSK OVERTATT SELSKAP ETTER §§ 11-1 FLG	26
4.5.4.1	Generelt	26
4.5.4.2	De aktuelle hensyn	27
4.6	KONKLUSJON	30

DEL 3. SEKUNDÆRRETEN PÅ DEN DIREKTE BESKATNINGS OMRÅDE **32**

5 GRUNNLAGET FOR BEHANDLINGEN AV SEKUNDÆRRETEN. **32**

6 FUSJONSBESKATNINGSDIREKTIVET **33**

6.1	FORMÅL	33
6.2	GENERELT OM DIREKTIVET	34
6.3	HÅNDHEVELSE	36
6.4	FORTOLKNING	37
6.5	GENERELT OM FORHOLDET TIL UNDERLIGGENDE SELSKAPSRETT	38
6.6	ANVENDELSESOMRÅDE	39
6.6.1	ARTIKKEL 1	39
6.6.1.1	Grenseoverskridende transaksjoner	39
6.6.1.2	EU-området	41
6.6.1.3	Transaksjonstyper	42
6.6.2	ARTIKKEL 3; AVGRENSNING AV HVILKE SELSKAPSTYPER SOM KVALIFISERER.	42
6.6.2.1	Generelt	42
6.6.2.2	Ad referanse til spesielle selskapsformer	43
6.6.2.3	Ad hjemhørighet	45
6.6.2.4	Ad selskapsskatteregler av samme karakter.	46
6.7	KVALIFISERENDE TRANSAKSJONER	47
6.7.1	GENERELT, ARTIKKEL 2	47
6.7.2	FUSJON	47
6.7.2.1	Universalsuksesjon	48
6.7.2.2	Vederlagsformen	49

6.7.2.3	Verdivurderingen	50
6.7.2.4	Kontantvederlag	51
6.7.2.5	Fusjon i konsern	51
6.7.3	FISJON	53
6.7.3.1	Forholdet til fusjonsreglene	53
6.7.3.2	Utstedelse av vederlagsaksjer	54
6.7.4	OVERFØRING AV EIENDELER	54
6.7.4.1	Om behandlingen	54
6.7.4.2	Utgangspunkter	55
6.7.4.3	Typer av overføring av eiendeler	56
6.7.4.4	Tolkningen av artikkel 2c	57
6.7.4.5	Verdifastsettelse av overførte eiendeler og vederlagsaksjer	67
6.7.4.6	Overføring av eiendeler som alternativ til fisjon	67
6.7.4.7	Overføring av eiendeler som alternativ til fusjon.	68
6.7.5	AKSJEBYTT	68
6.7.5.1	Innledning	68
6.7.5.2	Ervervelse av stemmeflertall	69
6.7.5.3	Kontantvederlag	70
6.7.5.4	Vurdering av vederlagsaksjene	70
6.7.5.5	Krav om positiv verdi?	71
6.7.6	ANDRE DEFINISJONER	72
6.8	ARTIKKEL 11; DEN GENERELLE MISBRUKSBESTEMMELSE – DISKVALIFIKASJON	
	VED SKATTEMOTIVERTE TRANSAKSJONER	72
6.8.1	GENERELT	72
6.8.2	OPPBYGNINGEN AV BESTEMMELSEN	72
6.8.3	MEDLEMSSTATENES MYNDIGHET	73
6.8.4	HOVEDVILKÅRET; DISKVALIFIKASJON VED SKATTEFLUKT ELLER -UNNGÅELSE	73
6.8.5	UTVIDENDE TOLKNING AV ARTIKKEL 11(1)A.	74
6.8.6	MEDARBEIDERSPØRSMÅL	75
6.8.7	GENERELT OM IMPLEMENTERINGEN AV DIREKTIVET	76
6.8.8	FORHOLDET TIL NASJONAL RETT OG DE ANDRE BESTEMMELSENE	77
6.9	BEHANDLINGEN AV KVALIFISERTE TRANSAKSJONER	78
6.9.1	SKATTELEMPEN PÅ SELSKAPSNIVÅ	79
6.9.1.1	Art 4; ikke umiddelbar beskatning av kapitalgevinster	79
6.9.1.2	Art 5; ikke umiddelbar beskatning av skatteposisjoner	83
6.9.1.3	Art 6; rett til fremføring av underskudd	86
6.9.1.4	Art 7; ikke beskatning ved realisasjon ved kryssende eierskap	90

6.9.1.5	Art 9; art 4-6 kommer til anvendelse på overføring av eiendeler	93
6.9.1.6	Art 10; beskatning av fast driftssted beliggende i utlandet	96
6.9.2	SKATTELEMPE PÅ AKSJONÆRNIVÅ.	99
6.9.2.1	Hovedregelen om kontinuitet på aksjonærnivå	100
6.9.2.2	Presisering av hovedregelen – vilkår for skattelempe	101
6.9.2.3	Den endelige beskatning	101
6.9.2.4	Skattemessige verdier	102
6.9.2.5	Forholdet til annen kategorisering av beskatning.	102
6.9.2.6	Kontantvederlag	102

7 SE-FORORDNINGEN 104

7.1	INNLEDNING OG BAKGRUNN	104
7.2	FORHOLDET TIL FUSJONSBSKATNINGSDIREKTIVET	104
7.2.1	FORHOLDET TIL FUSJONSREGLENE	105
7.2.2	FORHOLDET TIL AKSJEBYTTE, OVERFØRING AV EIENDELER OG OPPRETTELSE AV HOLDINGSELSKAPER	105
7.2.3	VERN AV SKATTEFUNDAMENTER VED UTFLYTTING	106
7.3	LIKEBEHANDLING MED AKSJESELSKAPER OG LIKESTILTE SELSKAPER	106
7.3.1	MEDARBEIDERSPØRSMÅL	107

DEL 4. NORSK RETT OG SEKUNDÆRRETEN – EN SAMMENSTILLING 109

8 NORSK RETT 109

8.1	INNLEDNING, § 11-22	109
8.2	SELSKAPSNIVÅ	110
8.2.1	GENERELT OM § 11-22	111
8.2.2	”OMORGANISERING ELLER OMLEGGING AV VIRKSOMHET MED SIKTE PÅ Å GJØRE DEN MER RASJONELL OG EFFEKTIV”	112
8.2.2.1	Utgangspunkter	112
8.2.2.2	Ikke godtatte hensyn	112
8.2.2.3	Verdivurdering av vederlagsaksjer	114
8.2.2.4	Forholdet til overkurs	116
8.2.2.5	Mor-datterfusjon	117
8.2.2.6	Konserntilknytning	117
8.2.2.7	Overføring av eiendeler	118

8.2.2.8	Aksjebytte	120
8.2.2.9	Fellesspørsmål for overføring av eiendeler og aksjebytte	121
8.2.3	”PÅTAKELIG AT DET VIL LETTE OMORGANISERINGEN ELLER OMLEGGINGEN”	124
8.2.4	”OMSTENDIGHETENE I SÆRLIG GRAD TALER FOR DET”	125
8.2.4.1	Vilkår om den endelige beskatningsrett til Norge	126
8.2.4.2	Misbruksbestemmelser	128
8.2.4.3	Fremføring av skatteposisjoner og underskudd.	130
8.2.4.4	Beskatning av fast driftssted beliggende i utlandet	131
8.3	AKSJONÆRNIVÅ	132
8.3.1	FUSJON OG FISJON MELLOM 2 SELSKAPER BELIGGENDE I SAMME LAND	133
8.3.2	FUSJONER OG FISJONER MELLOM 2 UTENLANDSKE SELSKAPER BELIGGENDE I FORSKJELLIGE LAND	135
8.3.3	AKSJEBYTTE	136
8.3.4	AKSJER EIET I NÆRING	136
8.3.5	KONKLUSJON	137
8.4	PROSESSUELLE VURDERINGER	137
<u>9</u>	<u>GJENSIDIGHETSBETRAKTNINGER.</u>	<u>139</u>
9.1	INNLEDNING	139
9.2	EUS FORPLIKTELSE OVERFOR NORGE	139
9.3	NORGES TILNÆRMING TIL EU	143
9.3.1	INNLEDNING	143
9.3.2	KVALIFIKASJON ETTER FUSJONSBESKATNINGSDIREKTIVET	144
9.3.3	AVGRENSNING MOT ANDRE LAND	145
9.3.3.1	Generelle regler med gjensidighetsvilkår	145
9.3.3.2	Bruk av skatteavtaler	145
9.3.3.3	Nordisk tilnærming	146
9.4	VURDERINGER	146
<u>10</u>	<u>AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u>	<u>147</u>
<u>11</u>	<u>FORKORTELSER</u>	<u>A</u>
<u>12</u>	<u>LOVREGISTER</u>	<u>B</u>
<u>13</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>E</u>

<u>14</u>	<u>LITTERATURREGISTER</u>	<u>H</u>
<u>15</u>	<u>LENKER</u>	<u>J</u>
<u>16</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>K</u>

Del 1. Innledning

1 Tema, metode, avgrensning og opplegg.

1.1 Oppgavens tema

De økonomiske forhold har endret seg markant de siste 10 år, med utviklingen av e-handel og økt mobilitet av produksjonsfaktorer som har utløst en rekke av internasjonale konsolideringer og omorganiseringer. Dette medfører en stor utfordring for skattesystemet både for å sikre det enkelte lands skattefundamenter og ikke legge konkurransesvekkende hindre i veien for effektive reorganiseringer.

Etter de fleste lands lovgivning er avhendelse av eiendeler og aksjer en skatteutløsende handling. Ved reorganiseringer og omorganiseringer foreligger det imidlertid ikke nødvendigvis noen reell realisasjon som begrunner skatteplikt. For å redusere de totale kostnader av disse transaksjoner, gis det derfor i stor utstrekning en mulighet for å utsette den potensielle beskatningen til en endelig realisasjon.

I et internasjonalt perspektiv vil forskjeller i adgangen til slik skattelempe være av stor bedriftsøkonomisk betydning, og det er derfor viktig å søke å utjevne disse forskjellene. Våre viktigste handelspartnere - og således også konkurrenter - er hjemmehørende i Europa og medlemmer av EU. Både Norge og EU har forsøkt å fjerne de skattemessige hindringene. Gjennom Fusjonsbeskatningsdirektivet 90/434/EF¹ har EU-medlemsstatene søkt å avskaffe de skattemessige hindringene ved å gi sine medborgere rettskrav på skattelempe og likebehandling mellom nasjonale og grenseoverskridende omorganiseringer. I Norge har vi for interne transaksjoner et rettskrav på skattelempe

¹ NB! Ved bruken av begrepet Fusjonsbeskatningsdirektivet, henvises det til The Mergers Directive, 90/434 EEC. Det eksisterer også et annet direktiv som regulerer fusjoner ved innenlandske transaksjoner; 78/855. Dersom det refereres til dette direktivet, vil det benevnes Fusjonsdirektivet.

dersom visse vilkår er oppfylt, mens grenseoverskridende transaksjoner er undergitt søknadsordning til Finansdepartementet.

Vurderingen tar sikte på å vise regelsettenes ulemper og eventuelle fordeler. Herunder må også de materielle og prosessuelle forskjeller betraktes.

Det har både fra næringsliv og politisk hold blitt gitt signaler om at situasjonen er utilfredsstillende. I Skaugeutvalgets innstilling gis det uttrykk for at det er nødvendig med revisjon av kontinuitetsreglene, hvor et mål vil være å oppnå større grad av likhet med de skattemessige vilkår EU-landene er underlagt.² I Ot.prp nr. 1 (2003-2004) gis det uttrykk for at transaksjoner som i dag krever søknadsbehandling, i størst mulig utstrekning bør lovfestes.

1.2 Metode

Det finnes flere metoder for å tilnærme seg problemstillingen i en avhandling i skatterett. Den valgte vil være påvirket av hvilket emne man behandler og hvilket materiale som foreligger. I en avhandling av typen jeg har skrevet, må det innrømmes at metoden neppe har vært fastlagt på forhånd. Det som kan slås fast er at oppgaven er ment å være en uavhengig tilnærming til spørsmålet om revisjon av reglene for skattemessig kontinuitet ved omorganisering over landegrensene. Til forskjell fra en oppgave som søker å fastlegge den aktuelle rettstilstand, er denne oppgaven mer skrevet for å belyse forskjeller og problemområder i de forskjellige regelsett.

Det som særlig kjennetegner skatteretten er at lovgivningstakten er høy. Det innebærer at man ikke bare må se på det nåværende innhold av reglene, men anvende en dynamisk tilnærming til de ulike spørsmål. Momenter i forslag, teori, tendenser osv. er relevante. Med den takt Kommisjonen nå arbeider med disse spørsmål, er det etter min mening utjenlig alene å søke ”autoritative rettskilder” for å vurdere Skattelovens³ regler opp mot

² NOU 2003:3 pkt 13.3.4

³ Lov av 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (Skatteloven)

EU-landenes lovgivning. Ellers ville jeg risikere at behandlingen taper sin aktualitet før den er ferdig.

En metode i vurderingen av forskjellige regelsett, kan være å redegjøre for dem hver for seg, for avslutningsvis å foreta en sammenlikning. I dette tilfellet mener jeg det er mer hensiktsmessig å foreta en integrert vurdering, hvor gjennomgangen av norsk rett belyses med korresponderende EF-rett.

I form, innhold og begrepsbruk skiller det norske systemet seg fra Fusjonsbeskatningsdirektivet. Det er nødvendig å trekke paralleller og konstatere ulikheter, men også å gjøre regelsettene sammenliknbare. Da vil forhåpentligvis forskjeller i avveininger av de underliggende hensyn som ligger til grunn for strukturen fremkomme.

Fusjonsbeskatningsdirektivet er lite kjent for norske rettsanvendere, og det er nødvendig med en innføring. Således blir avhandlingen delvis deskriptiv, delvis problemorientert.

Som en direkte følge av at det her er snakk om et direktiv som må inkorporeres i motsetning til forordninger som ikke er bindende i sin opprinnelige form, vil jeg i den grad det er mulig belyse den faktiske implementeringen slik den kommer til uttrykk i lovtekst og rettspraksis i ulike medlemsland. Jeg anser dette nødvendig for å få et riktig bilde av direktivet som basis for en lovrevisjon. Inkorporeringen i våre naboland Sverige og Danmark vies størst oppmerksomhet.

Videre ser jeg behov for en vurdering av de skatterettslige konsekvenser av den vedtatte SE-forordningen⁴. Behandlingen knyttes til direktivet, det vil si under kategorien sekundærrett.

Innledningsvis er det etter min mening nødvendig å ta stilling til hvorvidt den eksisterende forskjellsbehandling mellom bedrifter hjemmehørende i Norge og transaksjoner med et grenseoverskridende element kan anses å være i tråd med våre forpliktelser etter EØS-avtalen.

⁴ Forordning nr 2157/2001 av 8. oktober 2001 om statutter for det europeiske selskap (SE)

Når Norge avgir retten til beskatning av skattefundamenter ved avtale eller harmonisering av regler, er det viktig at det foreligger en viss gjensidighet. Jeg behandler dette i et eget punkt.

Det legges generelt ikke opp til en godhetsvurdering av hva som anses som den totalt sett beste løsning. En slik vurdering kan bare foretas ut fra et fastlagt politisk og realøkonomisk ståsted, og vil ligge utenfor et fornuftig spekulasjonsområde. Derimot må det være tillatt å foreta en vurdering ut i fra de anerkjente hensyn som ligger bak utformingen av gjeldende regelsett, blant annet hensynet til muligheter for effektiv og bedrifts- og samfunnsøkonomisk lønnsomme omorganiseringer og like konkurransevilkår, mot hensynet til bevaring av norske skattefundamenter og motarbeidelse av skatteunngåelse og skatteflukt.

1.3 Avgrensning og opplegg

I avgrensningen er det nødvendig å ta stilling til hva som anses kjent, og som derfor ikke behøver nærmere redegjørelse. I denne oppgaven betrakter jeg hovedprinsippene for beskatning av selskaper etter norsk rett som kjent stoff. Det betyr at hovedregler om inntektsbeskatning ved realisasjon, fradrag og tidfesting mv, ikke behandles. I forlengelsen anser jeg hovedreglene for beskatning og skattelempe ved fusjon og fisjon av aksjeselskaper etter norsk rett for å være kjent. Det samme gjelder for hovedtrekkene i EF-retten og EØS-retten.

Reglene for arbeidstakerrepresentasjon er viet stor oppmerksomhet i direktivet⁵ og SE-forordningen⁶. Disse reglene er sterkt influert av Tysklands strenge linje for medarbeiderinnflytelse. Det har vært debattert i teorien om slike vilkår bør være inntatt i et fusjonsbeskatningsdirektiv. For norsk retts del kan jeg ikke se at spørsmålet har blitt behandlet i denne kontekst. Reglene viser imidlertid bredden i hvilke hensyn som tas i betraktning i EF-retten, og jeg behandler dem kort i gjennomgangen av sekundærretten.

⁵ art11, litra b), jf annet ledd.

⁶ SE-forordningens art 1(4) at som henviser til Medarbeiderdirektivet 2001/86 EF

Et sentralt problemområde, både etter Fusjonsbeskatningsdirektivet og norsk rett, er forholdet til immaterielle verdier. Ved en omorganisering er det et krav om at driftsmidlene beholdes i den stat hvor de befinner seg. Immaterielle verdier savner imidlertid realaktivas følbare eksistens, og det kan være vanskelig å kontrollere denne tilknytningen. Det foreligger ingen direkte incentiver til å kontrollere denne tilknytningen i regelsettene, og jeg anser at spørsmålet heller bør behandles under et synspunkt om harmonisering av de underliggende regler for immaterielle verdier. Det behandles derfor ikke nærmere her.

Jeg behandler først de aktuelle hensyn, etterfulgt av forholdet til diskriminering i EØS-/EF-retten. Deretter sekundærretten etterfulgt av norsk rett med henvisninger til direktivet. Avslutningsvis tar jeg opp spørsmålene rundt gjensidighet og foretar en oppsummering.

2 Grunnleggende hensyn og behovet for unntak fra prinsippet om diskontinuitet

2.1 Effektive bedrifts- og samfunnsøkonomiske omorganiseringer

Utgangspunktet for beskatning av grenseoverskridende transaksjoner i form av fusjon, fisjon, aksjebytte eller overføring av eiendeler er at de innebærer realisasjon, og beskattes etter reglene for realisasjonsbeskatning.

Både norske og andre europeiske lovgivere har innsett at realisasjonsbeskatning kan virke hemmende på de stadig endrede krav til størrelse, sammensetning og organisering av bedrifter. Finansdepartementet uttaler generelt i St.meld nr 16 (1997-98) side 26, at;

”Utgangspunktet om at fusjon av norsk og utenlandsk selskap samt fisjon av sistnevnte, utløser skatteplikt etter alminnelige regler, bør stå fast. Fusjoner over landegrensene er imidlertid en type transaksjoner som ofte vil være ønskelig og nødvendig for en god utvikling av bedrifter med en internasjonal orientering. Skattereglene bør ikke være unødig til hinder for omorganisering over grensene.”

Av denne grunn har man i Norge og mange andre land oppstilt et unntak fra hovedregelen om diskontinuitet⁷. Omorganiseringen kan gjennomføres med kontinuitet, dvs at man viderefører de skattemessige verdier til det overtakende selskap og lar kapitalbeskatningen fremkomme ved den endelige realisering på dette selskaps hånd.

I utgangspunktet kan man si at kontinuitet bare er nødvendig på selskapsnivå, da det er selskapet som gjennomfører transaksjonen og hvis utgiftsside påvirkes av omorganiseringen. Imidlertid vil økte skattekostnader påvirke vederlagskravet og dermed fordyre restruktureringen. Resultatet kan bli at det ervervende selskap finner prisen for høy og velger å avstå fra et ellers lønnsomt kjøp. Derfor er det nødvendig at også eiernivået tillates skattemessig kontinuitet.

⁷ Dvs beskatning av merverdier som realiseres ved omorganiseringen jf Skatteloven kap 9 ved grenseoverskridende omorganiseringer.

Det bemerkes at mange av de grenseoverskridende omorganiseringer skjer mellom parter hvor det allerede er en sterk tilknytning i eierstrukturen, eksempelvis ved restruktureringer i multinasjonale konsern. Utvilsomt kan også slike omorganiseringer være av betydelig økonomisk verdi, men det stilles her ekstra store krav til at lovgivningen utformes slik at rent skattemotiverte transaksjoner ikke aksepteres.

2.2 Behovet for vern av skattefundamenter

Kontinuitet er et unntak fra utgangspunktet om realisasjonsbeskatning. Om spekteret av transaksjoner som kvalifiserer blir for vidt, innskrenkes skattefundamentene. Man må derfor foreta en avveining av hvilke transaksjonsformer som har tilstrekkelig behov for kontinuitet og sørge for rett endelig beskatning.

Ved en grenseoverskridende omorganisering, vil latent skattebyrde kunne flyttes med de overførte eiendeler og aksjer til et selskap hjemstaten ikke har beskatningsmyndighet over. I så tilfelle står man i fare for å redusere hjemstatens skattefundament. Det er derfor nødvendig å oppstille vilkår som sikrer at skattefundamentene forblir i det overførende selskaps hjemstat.

2.3 Like konkurransevilkår som våre handelspartnere

Det er sentralt hensyn ved utforming av alle regler som berører internasjonale handelsforhold, at man tar i betraktning skattebyrde og reglenes utforming hos våre handelspartnere. For å sikre norske bedrifters konkurranseevne er det viktig at norske bedrifter ikke stilles svakere enn hos disse.

Det har vært et klart uttalt mål siden oppstarten av Kull- og stålunionen - senere EF og nå EU - at det er ønskelig med et sterkt europeisk marked som kan fremtre med styrke på verdensmarkedet. Spesielt har det vært viktig å fostre et marked med konkurransedyktige aktører på linje med amerikanske og asiatiske bedrifter. For å oppnå

dette, er det nødvendig at selskapene får utfolde seg forholdsvis fritt over landegrensene, slik at de enkelt kan nå nye markeder, tilpasse seg utenlandsk konkurranse og dermed øke konkurranseevnen.

Toll- og skattebarrierer, valutabegrensninger og innskrenket arbeidskraftmobilitet, skaper en vridning i et ellers fritt marked som gjør det vanskelig å konkurrere med naturlige konkurrenter. EF/EU som et interstatlig overbyggende organ, muliggjør å samordne de politiske vedtak som styrer reguleringen av disse forhold, noe man har benyttet aktivt for å nå nevnte mål.

Når man først har åpnet for frihandel og konkurranse, er det viktig å påse at alle aktører er underlagt så langt som mulig samme rammevilkår. Det gjelder også skattemessige forhold. Dette er et sentralt hensyn ved tolkningen av Fusjonsbeskatningsdirektivet, som er en del av reguleringen for et fungerende fritt indre marked. Det bør derfor også ha betydning for den norske regulering.

2.4 Likebehandling med nasjonale transaksjoner

Omorganiseringer på nasjonalt nivå er underlagt krav om at de selskaps- og regnskapsrettslige regler må følges for at fusjonen eller fisjonen skal kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Når man har oppstilt et slikt krav, kan det anføres gode grunner for at det også på grenseoverskridende plan stilles et slikt vilkår. Reguleringen må imidlertid også ses i sammenheng med hensynet til likebehandling med våre handelspartnere.

2.5 Administrative hensyn

Dagens norske ordning, med saksbehandlingstid som ofte overskrider 3 måneder, kan oppfattes å være på kant med de krav til hurtig omstilling som kreves i bedriftene i et fritt marked.

Om behovet for en generell gjennomgang av skattelempningssøknader når det gjelder transaksjoner over landegrensene, uttaler Finansdepartementet at:⁸

”Antallet søknader om individuell skattelempning har øket fra 20 i 1998 til 48 i 1999. Den betydelige økningen i antallet søknader krever økte ressurser til behandlingen. Det foreligger behov for et generelt regelverk som i større utstrekning enn gjeldende regler dekker foretakets behov for skatteutsettelse ved visse omorganiseringer. Det er usikkert om dette mest hensiktsmessig kan gjøres ved en modernisering og forbedring av de eksisterende lempningsordninger eller om det er grunn til å overveie en bred utredning og eventuell revisjon av både nærings- og selskapsbeskatningen. Departementet antar at begge deler kan være aktuelle og vil komme tilbake til Stortinget med en avklaring av disse spørsmål.”

For 2001 og 2002 var tallet hhv 65 og 57, hvorav 24 hhv 23 dreide seg om transaksjoner med virkninger over landegrensene. Flesteparten skjer ved konsernetablering med utenlandsk morselskap ved aksjebytte.⁹

Et utgangspunkt om automatisk samtykke til restrukturering med skattemessig kontinuitet vil frita Finansdepartementet for ekstraarbeid i de saker hvor det er nærliggende at vilkårene som må stilles er oppfylt. Hvor store ressurser som vil kreves der spørsmålet om vilkårene er oppfylt er mer tvilsomt. Dette vil blant annet avhenge av til hvilken part man legger bevisbyrden. Krever man at Finansdepartementet selv må bevise at vilkårene ikke er oppfylt, vil dette påvirke arbeidsmengden og saksbehandlingstiden. Dersom bevisbyrden tillegges selskapet som mener seg berettiget til utsettelse med beskatningen, vil den reduseres og være et incentiv til godt grunnarbeide i bedriftene. Dette viser at det sentrale hensyn til hurtighet i saksbehandlingen ikke alene avhenger av om det i utgangspunktet gis en rett til omorganisering med skattemessig kontinuitet eller om det kreves samtykke. Den nærmere regulering av prosessen og klarheten i de materielle vilkår vil også være av avgjørende karakter.

⁸ Ot.prp. nr 1 (2000-2001) pkt 18.7, s. 146

⁹ <http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/otprp/006001-050041/index-hov015-b-n-a.html> ,
<http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/otprp/006001-050051/index-hov021-b-n-a.html>

Hensynene hurtighet og bevisbyrde har vært kjent for myndighetene siden lovfestingen av reglene. Allerede i 1966 ble det uttalt at;

”praktiseringen av loven av 9. juni 1961 nr 16 avsnitt II¹⁰, er arbeidskrevende og medfører vanskelige og ofte usikre skjønnsmessige avgjørelser i hvert enkelt tilfelle. Departementet er derfor klar over at det ville være ønskelig om fullmaktsloven kunne bli avløst av en generelt virkende lov.”¹¹

selv om de også den gang uttalte at:

”..det er ingen enkel sak å utforme regler som vil gi en rimelig løsning i flertallet av alle tenkelige tilfelle. Departementet er derfor blitt stående ved at spørsmålet om å få nye generelt virkende lovregler foreløpig bør utstå..”.

En viss ineffektivitet i Finansdepartementets arbeid må det være mulig å rette en pekefinger mot, selv om hovedansvaret ligger på regjeringen og Stortinget.

Linjen Finansdepartementet har valgt med henhold til bevisbyrde, klargjøres i Ot.prp nr 52 (1989-90):

”Loven av 1961 setter som betingelse at omorganiseringen tar sikte på å få næringsvirksomheten mer rasjonell og effektiv. Den skattepliktige må redegjøre for dette i søknaden.”

For transaksjoner med virkning over landegrenser, uten at det dreier seg om konserninterne overføringer, er dette fortsatt hovedregelen.

¹⁰ Tilsvarende Skatteloven § 11-20 flg.

¹¹ jf St. meld nr 45 for 1965-66.

2.6 Forutberegnelighet

Det er viktig at partene før de foretar beslutninger eller inngår forhandlinger om strukturelle endringer kan ha en viss grad av sikkerhet rundt den rettslige behandling av forholdet. En viss tvil, skjønnsfrihet for forvaltningen og mulighet for individuell tilpasning må tolereres, men i det store og hele bør man kunne gjøre seg opp vel funderte forventninger om utfall, selv om det må kreves at de involverte parter setter seg godt inn i hvilke krav som stilles.

2.7 Hensynet til tredjeparter

Ved transaksjoner som innebærer at eierrådighet flyttes fra ett land til et annet, vil arbeidstakere og begrensede rettighetshavere bli stilt i en usikker posisjon dersom deres rettigheter har et svakere vern i den stat til hvor eierrådigheten blir overført. I mangel av avtale eller lovregulering, vil det være svært vanskelig, om ikke umulig, å ivareta disse hensyn. Dette er en av hovedgrunnene for at fusjons-/fisjonsinstituttet i direktivet ikke i tilstrekkelig grad har blitt implementert i medlemslandene som en transaksjon som kvalifiserer for skattemessig kontinuitet.

2.8 Symmetrihensyn

Ved overveielser av regler for beskatning av gevinst ved realisasjon, må man også ved grenseoverskridende transaksjoner ta i betraktning forholdet mellom skatteplikt og rett til fradrag. Dersom det grenseoverskridende element innebærer at norske skattemyndigheter har fraskrevet seg beskatningsmyndighet, vil man heller ikke kunne kreve fradrag for eventuelle tap som vil oppstå. Når det gis utsettelse med beskatningen, kan selskap og aksjonærer på den annen side ikke kreve fradrag på et tidligere tidspunkt, dvs når realisasjon ville forekommet om reglene ikke kom til anvendelse. Symmetrihensynet må ses i nær sammenheng med hensynet til skattefundamenter.

Del 2. Forholdet til EØS-retten

3 Grunnlag for behandling av EØS-retten

Hovedelementet i denne oppgaven er å vise forholdet mellom beskatningsreglene i Norge og EU. Den rettslige kobling mellom disse regelverk er lov av 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven). I utgangspunktet har ikke Norge bundet seg til felles skatterettslige reguleringer gjennom denne loven, derunder sekundærrett.¹² Imidlertid må norsk lovverk være i overensstemmelse med de mer overordnede prinsipper i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Relevant her er traktatstridig forskjellsbehandling av norske og utenlandske borgere/selskaper ved omorganiseringer.

Forholdet til EØS-avtalen behandles derfor for å vise om vi må eller bør endre vår lovgivning.

¹² EØS-avtalen art 1 nr 2, inntatt i EØS-loven § 1.

4 Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

4.1 Innledning

Jeg vil i det følgende vurdere om den ulike behandlingen Skatteloven legger opp til for omorganiseringer med på den ene side parter hjemmehørende i Norge og på den annen side et grenseoverskridende element, er i strid med EØS-retten.

Innledningsvis vil jeg påpeke at behandlingen søker å kartlegge forpliktelsene etter EØS-avtalen slik den fremstår. Fordi Fusjonsbeskatningsdirektivet både begrenser anvendelsesområdet til EU-stater og det på flere områder mangler tilstrekkelig gjennomføring, kan det medføre at brudd ikke blir konstatert eller forfulgt av ESA eller EFTA-domstolen. Behandlingen er for øyeblikket av mer teoretisk enn praktisk betydning.

4.2 Kort om metode

Når man skal behandle om norsk rett er i tråd med EØS-retten, kan man gå frem på følgende måte: Først begynner man i de EF-rettslige kildene for å vurdere om spørsmålet er behandlet i sekundærlovgivningen. Er det regulert der, blir neste spørsmål om det er gjort til en del av EØS-avtalen. Om så ikke er tilfelle, blir det avgjørende å vurdere om virkningen av norske skatteregler er i strid med overordnede prinsipper, som de fire friheter eller retten til fri etablering.¹³

4.3 Restriksjonsforbud/diskrimineringsforbud på skatteområdet.

Det første spørsmålet er om det er rettslig grunnlag for å konstatere motstrid på et felt Norge ikke har tatt inn som en del direkte i EØS-avtalen.¹⁴

¹³ Støtte for dette kan hentes i til Finansdepartementets høringsnotat av 28. juni 2001 til evaluering av reglene i Skatteloven §§ 16-30 til 16-33.

¹⁴ EØS-avtalen art 1 nr 2, inntatt i EØS-loven § 1.

Utgangspunktet er klart: Ettersom felles beskatning ikke er en del av EØS-avtalen, har Finansdepartementet inntatt det standpunkt at Norge ikke er forpliktet til å tilpasse seg direktivet, og hvorvidt man vil gjøre det må bero på en ”fri, nasjonal vurdering”.¹⁵

Det er imidlertid behov for å drøfte dette standpunktet noe nærmere, herunder om EØS-avtalen medfører forpliktelser norsk rett ikke har innrettet seg etter.

I *Restamark*¹⁶ uttaler EFTA-domstolen følgende;

”individuals and economic operators in cases of conflict between implemented EEA rules and national statutory provisions must be entitled to invoke and claim at the national level any rights that could be derived from provisions of the EEA Agreement, as being or having been made part of the respective national legal order, if they are unconditional and sufficiently precise”

Av dette må man slutte at en kan måtte legge til grunn en bestemmelse i EØS-avtalen for norske domstoler, dersom den er tilstrekkelig klar og entydig. Da kan den skape rettigheter og plikter for borgerne.

Jeg legger derfor til grunn at det kan foreligge et restriksjonsforbud/diskrimineringsforbud på skatteområdet som norske myndigheter vil kunne være bundet av.

4.4 Kommer et restriksjonsforbud/diskrimineringsforbud til anvendelse på omorganiseringer?

Det neste spørsmålet blir om det foreligger et forbud hjemlet i EØS-avtalen, som iht *Restamark* kvalifiserer til å legges til grunn av norske domstoler.

¹⁵ Ot.prp nr 71 (1995-96) til utarbeidelsen av endringen av Selskapsskatteloven kap. 8.

¹⁶ E-1/94 *Restamark* EFTA Court Report [1994-95] 15

Omorganiseringer og grenseoverskridende transaksjoner som omfattes av Skatteloven §§ 11-1 til 11-10, 11-11 og 11-22 er rettslige disposisjoner som i prinsippet delvis faller under reglene om fri flyt av kapital etter EØS-avtalen artikkel 40 og delvis etableringsretten som er hjemlet i artikkel 31. Når det gjelder forholdet og overgangen disse bestemmelser i mellom, er det i praksis fra EF-domstolen lagt til grunn at en investering i et selskap anses å gå over fra en kapitalbevegelse til en etablering når den innebærer kontroll over selskapet¹⁷. I *Baars* var det aktuelle selskapet 100% eid, men tolker man alminnelige selskaps- og skatterettslige regler, vil man måtte anta at ”kontroll” inntreffer ved ervervelse av stemmeflertall i selskapet. Det samme følger for øvrig av en meddelelse fra Kommisjonen, hvor det er uttalt at;

”...når en investor, der er statsborger i en anden medlemsstat, erhverver kontrollerende andele i en indenlandsk virksomhed i en given medlemsstat, er der ikke blot tale om en form for kapitalbevegelse. Det er samtidig en transaktion, der er omfattet av bestemmelserne om etableringsret”¹⁸

Både ved fusjon og fisjon er det en forutsetning at det overtakende selskap overtar det eksisterende. Dette må tolkes som et uttrykk for at man på dette punkt har oppnådd den nødvendige kontroll som er med på å gjøre selskapet mer konkurransedyktig og effektiv, hvilket er et hovedmotiv etter direktivets preambel.¹⁹ Dette gjelder ikke desto mindre ved blant annet aksjebytte og overføring av eiendeler. Dessuten vil det også kunne innfortolkes i det norske kravet om å gjøre en selskapsdrift mer ”rasjonell og effektiv” etter § 11-22 første ledd i.f.

Således legger jeg til grunn for den videre drøftelse at reguleringen av disse transaksjonene at det dreier seg om forhold som faller inn under reglene om den frie etableringsrett.²⁰ Det betyr at de konkrete bestemmelsene om fri flyt av kapital ikke vurderes direkte. Man skal ha i mente at EF-domstolen trekker veksler på de ulike

¹⁷ Generaladvokatens uttalelse i C-251/98 *Baars*, ECR [2000] I-2782

¹⁸ EFT 1997 C 220/15. Meddelelse fra kommisjonen om visse juridiske aspekter ved EU-interne investeringer. Se premiss 4 under pkt 2 om ”de relevante bestemmelser i traktaten”.

¹⁹ Preambelets femte ledd.

²⁰ For å omfattes av den frie etableringsrett, må 3 vilkår være oppfylt; for det første at det foreligger en økonomisk aktivitet, for det andre at den relevante aktiviteten har en viss fasthet i sin karakter og for det tredje at det foreligger et grenseoverskridende element, jf Liland/Nordbø, ”*Internasjonal skattehåndbok*” 2002, pkt 19.7 s 299. Jeg legger til grunn at alle disse kumulative vilkår er oppfylt.

frihetene i vurderingen av de enkelte bestemmelser. Sentralt i enhver vurdering er hvilke motiver og formål som ligger bak bestemmelsene og hvordan de skal tolkes. Felles for bestemmelsene inntatt i EØS-avtalen er at de skal søke å fremme fri konkurranse og likebehandling. Det er sentralt både for den frie flyt av kapital og etableringsretten.

4.5 Foreligger det en restriksjon i strid med artikkel 31?

4.5.1 Om vurderingen

Etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31 gir anvisning på et restriksjonsforbud, ikke et diskrimineringsforbud. Kriteriene for de forskjellige forbud er etter EF-domstolens praksis avvikende. Kommer man til at det foreligger en restriksjon, er imidlertid det sentrale spørsmål om den er traktatsstridig. Vurderingen av dette er sammenfallende ved restriksjonsforbud og diskrimineringsforbud, da det uansett må konstateres en forskjellsbehandling som strider mot (en av) frihetene og at det ikke foreligger allmenne hensyn som kan legitimere dette.

Jeg begrenser vurderingen til forholdet mellom Skatteloven § 11-1 til § 11-10 og § 11-22. Forskjellig behandling etter § 11-21 og § 11-22 behandles ikke.

4.5.2 Situasjoner der både norske og utenlandske selskaper er underlagt samtykkeordningen

Man kan først spørre seg om det innebærer en usaklig restriksjon/forskjellsbehandling selv om man i praksis etter § 11-22 lempet på beskatningen i samme utstrekning som etter § 11-1 flg. Svaret må være bekreftende. Når man gir rettskrav på skattefrihet dersom visse materielle krav er oppfylt, innebærer dette en bedre rettssikkerhet enn å være overlatt til et mer eller mindre fritt skjønn hos Finansdepartementet. Vurderingskriteriene etter § 11-22 er dessuten kvalitativt forskjellige fra de som

oppstilles i § 11-1 flg. Støtte for dette synet vil også kunne hentes fra ESAs behandling av ordningen med tonnasjeskatt²¹ og sakene *Biehl*²² og *Kommisjonen mot Luxembourg*²³

Der også norske transaksjoner av samme art er underlagt samtykkeordningen, vil man imidlertid ikke kunne konstatere en restriksjon som kan anses som diskriminerende.

Når det gjelder aksjebytte og overføring av eiendeler etter direktivets modell, er både omorganiseringer mellom to selskaper hjemmehørende i Norge og selskaper hjemmehørende i forskjellige land hensatt til søknad etter § 11-22, evt 11-21 for overføring av eiendeler. For disse transaksjonsformer må man derfor anse at det ikke foreligger forskjellsbehandling.

4.5.3 Omorganiseringer med utenlandsk overtatt selskap etter §§ 11-1 flg

I de tilfelle hvor et norsk selskap overtar et utenlandsk selskap, vil omorganiseringen behandles etter § 11-22 og ikke etter § 11-1 flg. Spørsmålet blir om det i disse tilfeller foreligger en restriksjon.

Etter Skatteloven § 11-1(2), er det bare i de tilfelle der alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge, og bare der transaksjonen gjennomføres etter lovlige selskaps- og regnskapsrettslige krav, at man har krav på skattefrihet etter loven. Dersom man ikke oppfyller dette kravet, har man ikke krav på skattefrihet etter loven, men er hensatt til å søke skattelempe etter § 11-11(2)²⁴ eller § 11-22.

Allerede her oppstår det et sentralt spørsmål; hva ligger det i kravene om at selskapene skal være ”hjemmehørende i Norge” og at fusjonen eller fisjonen skal ”gjennomføres på lovlig måte etter selskaps- og regnskapsrettslige regler”? Om man først ser på kravet om at transaksjonen må gjennomføres på lovlig måte etter selskaps- og regnskapsrettslige

²¹ Decision No. 164/98/COL av 1. juli 1998.

²² C-175/88 *Biehl*, ECR [1990] I-1779

²³ C-151/94 *Kommisjonen mot Luxembourg* ECR [1995] I-03685

²⁴ Ikke benyttet i praksis. Behandles derfor ikke nærmere.

regler, sier ikke dette direkte at det bare er norske selskaps- og regnskapsregler som kan legges til grunn. I en uttalelse fra Finansdepartementet inntatt i Utv. 1997 s. 1093 er det gitt uttrykk for at dette kravet ikke kan tolkes så strengt at det bare er selskapslovgivningen i Norge som vil kvalifisere. Det samme følger av en uttalelse fra SFS inntatt i Utv 1998 s. 224 og en upublisert uttalelse fra FIN av 6. mai 1998. Den underliggende selskaps- og regnskapsrett er således nødvendigvis ikke til hinder. Derimot må kravet om hjemmehørighet i Norge være det avgjørende.²⁵ Det avgjørende må være om selskapets ledelse på styrenivå befinner seg i Norge, dvs et kriterium ut fra hvor selskapet har sete.²⁶

EF-domstolen har definert restriksjoner til å omfatte virkninger av lovverket som tjener til å ”hindre”, ”avskrekke” eller ”avholde” medborgere og selskaper fra å foreta handlinger de er berettiget til etter EF-traktaten.²⁷ Sett i lys av artikkel 31 i EØS-avtalen må derfor spørsmålet være om kravet om hjemmehørighet og oppfyllelsen av norske selskaps- og regnskapsrettslige krav innebærer at statsborgere²⁸ fra en av EFs eller EFTAs medlemsstater hindres, avholdes eller avskrekkes fra å opprette eller lede drift av filialer eller datterselskap i Norge.

Bedrifter med ledelse på styrenivå i et annet land er i utgangspunktet ikke hjemmehørende i Norge. Så langt kan man gå ut fra at utenlandske selskaper i en fusjons-/fisjonssituasjon er underlagt en restriksjon uoverensstemmende med art 31.²⁹

²⁵ Jf Skatteloven § 2-2(1)

²⁶ Om den nærmere vurdering av hovedsete viser jeg til Ot.prp. nr. 16 (1991-92) s. 90

²⁷ se sakene C-484/93 *Svensson*, ECR [1995] I-3955, premiss 10, C-222/97 *Trummer og Mayer*, ECR [1999] I-1661, premiss 26, C-439/97 *Sandoz* ECR [1999] s. I-7041, premiss 31 og C-35/98, *Verkooijen* ECR [2000] I-4071, premiss 34 og 35.

²⁸ Den likelydende bestemmelse i EF-traktaten art 43, henviser til art 48 (ex 58) som oppstiller et krav om at et selskap skal likebehandles med fysiske personer. Jeg kan ikke se at det er ment å skulle eksistere noen realitetsforskjell til EØS-avtalens art 31, slik at når man tolker ”*de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere*”, må det innebære det kunne leses som ”*de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for hjemmehørende selskaper*”. Sammenhengen med art 34 første ledd, og henvisningen i art 31(2) til artikkel 34(2) må tale for samme resultat.

²⁹ Støtte for dette synet kan hentes i C-80/94, *Wielockx* ECR [1997] I-2493 og COM 2001 (214) s 9 og 14; http://europa.eu.int/eur-lex/da/com/cnc/2001/com2001_0214da01.pdf

4.5.3.1 Kan restriksjonen rettferdiggjøres?

Spørsmålet blir så om det foreligger rettferdiggjørende grunner for restriksjonen.

I den grad EF-domstolens praksis belyser rettsstillingen, vil jeg presisere at EF-domstolen har lagt betydelig vekt på målet om et fungerende fritt indre marked, ikke bare frihandel og konkurranse som etter EØS-avtalen. I prinsippet kan det derfor argumenteres for at EF-domstolen lettere vil konstatere at det foreligger et diskriminerende element enn etter en formålstolkning av EØS-avtalen.³⁰

4.5.3.2 Forholdet til den manglende underliggende selskapsrett

Rettsstillingen på selskapsrettens område i EU/EØS, må tas i betraktning. I *Daily-mail*³¹ tok EF-domstolen stilling til om det ville innebære diskriminering etter art. 43 EF³² der det ble krevet samtykke til skattefrie kapitalgevinster ved flytting av hovedkontor fra Storbritannia til Nederland. EF-domstolen la til grunn at en slik restriksjon (krav om samtykke) ikke var diskriminerende, fordi vilkåret om samtykke gjaldt uansett nasjonalitet. Begrunnelsen var ikke at vilkåret grep inn i retten til å etablere datterselskaper eller filialer, men at det sprang ut fra det selskapsrettslige krav til etablering, som ikke har noe fellesskapsrettslig motstykke. Både Storbritannia og de fleste andre land åpner ikke for skattefri flytting av selskapets hjemsted. Dette skyldes at et selskaps eksistens er avhengig av stiftelse og registrering i ett bestemt land, og derfor ikke kan bryte disse bånd og flytte sitt vedtektsmessige hjemsted til et annet land og samtidig bevare sin juridiske personlighet i kraft av sivilrettslig universalsuksesjon.

Man kan slutte følgende av dommen; Registreringskriteriet ble tillagt større vekt enn restriksjonsforbudet i artikkel 43/31. Når det ikke foreligger felles selskapsrettslig regulering, kan det utflyttende selskap likvidasjonsbeskattes. Det kan dog ikke skilles mellom nasjonalt etablerte selskaper ved utflytting og likvidasjonsbeskatning kan ikke godtas om det foreligger fellesskapsrett som avviker fra den interne regulering

³⁰ jf Kristina Ståhl, "Den fria rörligheten för kapital mellan EU och tredje land", inntatt i SkatteNytt nr 9 for 2003, s. 585 flg.

³¹ C-81/87 *Daily mail*, ECR [1988] I-5483

³² jf EØS art 31

At det norske skattesystemet således oppstiller krav om samtykke for fusjon av et selskap hjemmehørende i Norge³³ med et selskap hjemmehørende i utlandet hvor det norske selskap opphører, innebærer iht *Daily Mail* ikke ulovlig forskjellsbehandling. Har man først gjennomført en fusjon/fisjon av norske selskaper, hindrer ikke norsk lovgivning at man senere etablerer seg i utlandet, men kapitalgevinster vil kunne beskattes ved utflytting i form av fusjon/fisjon.

En eventuell motstrid vil for norsk retts del på dette området først oppstå når/hvis det vedtas fellesskapsrettslig selskapslovgivning, som også norske lovgivere og domstoler er bundet av etter EØS-avtalen, eller dersom EF-domstolen inntar et annet standpunkt.

Aktuelt i denne sammenheng, er forholdet til SE-forordningen. Ved vedtakelsen av felles selskapsrettslige regler for stiftelse av og flyttemulighet for et SE-selskap, og presumsjonen om at slike selskaper skal likebehandles med aksjeselskap, vil *Daily-Mail*-doktrinen kunne miste en stor del av sin betydning ift art 43.³⁴ Det er nærliggende å anta at norsk retts samtykkekrav som skiller mellom nasjonale og grenseoverskridende transaksjoner, vil kunne komme i strid med fellesskapsretten og dermed også EØS-avtalen.

4.5.4 Der den underliggende selskapsrett ikke er til hinder – omorganiseringer med norsk overtatt selskap etter §§ 11-1 flg

4.5.4.1 Generelt

Der et utenlandsk selskap vil fusjonere (som det mottakende selskap) med et norsk selskap (som det overdragende selskap), kreves det samtykke for at

³³ Gjelder også selskaper med begrenset skatteplikt hit, jf Ot.prp nr 17 (1995-96). Iflg Liland/Nordbø s. 163, må det undergis en konkret vurdering hvor langt dette standpunktet rekker, jf Finansdepartementets uttalelser i Utv. 1997 s. 1093 og 1998 s. 838.

³⁴ Se behandlingen av SE-selskapet.

realisasjon/likvidasjon av det norske selskapet skal skje skattefritt. Her behandles det norske overdragende selskap forskjellig hvis det blir overtatt av et norsk eller et utenlandsk selskap, og det foreligger en restriksjon.

Situasjonen skiller seg fra det foregående ved at det norske overtatte selskap er stiftet og hjemmehørende i Norge etter norske regler, og skal ikke flyttes. Det kan derfor ikke forsvares forskjellsbehandling ut i fra avvikende selskapsrettslige regler.

Man må så vurdere om restriksjonen er traktatstridig. Artikkel 31 angir utgangspunktet, jf art 4; Det skal ikke være noen restriksjoner på etableringsretten. Av *Halliburton-dommen*³⁵ fremgår det klart at de lettelser som man ønsker å gi ved strukturrasjonaliseringer ikke kan begrenses til innenlandske selskaper, men skal også gis til utenlandske. Det bør også være en naturlig fortolkning ift formålet med EØS-avtalen.

Fra dette utgangspunkt er det i læren om saklig forskjellsbehandling gitt et unntak som gjør forskjellsbehandling forenlig med traktaten. Saklig forskjellsbehandling kan begrunne så vel åpenlys som skjult forskjellsbehandling, men er vel mest praktisk i det sistnevnte tilfelle. I denne vurderingen vil formålet med den nasjonale bestemmelsen stå sentralt. Dersom formålet med bestemmelsen er å diskriminere, kan den ikke under noen omstendighet aksepteres. Er derimot formålet objektivt og nøytralt, kan man vurdere om det er saklig.³⁶

4.5.4.2 De aktuelle hensyn

Unntak kan både ta form av bestemmelser i EØS-avtalen eller de kan være uskrevne. For retten til fri etablering foreligger det ingen unntak i EØS-avtalen. Behandlingen vil derfor begrense seg til de hensyn EF-domstolen har godtatt som saklige og eventuelle andre hensyn som kan komme i betraktning.

³⁵ C-1/93, *Halliburton*, ECR [1994] I-1137

³⁶ Jf Dajani, Leegard, Ongre; "EØS-avtalen og norsk skatterett", s. 61. Prinsippet er slått fast i E-6/96 *Tore Wilhelmsen mot Oslo Kommune*, [1997] EFTA Court report s. 53, hvor EFTA-domstolen kom til at Vinmonopolets enerett til salg av øl i klasse III kunne "begrunnes under EØS-avtalen artikkel 13, av hensyn til offentlig helse dersom skillelinjen på 4, 75 volumprosent ikke ble gjennomført for å beskytte innenlandske produkter mot utenlandske produkter."

Hensyn godtatt av EF-domstolen

Av praksis følger det at EF-domstolen bare har godtatt at skattemessig forskjellsbehandling kan begrunnes i sammenhengen i skattesystemet³⁷. Domstolen krever da at det dreier seg om samme skattyter, samme skatt og at inntektene kommer fra samme kilde for at den skal komme til anvendelse. Det faktum at det norske selskap evt vil være underlagt andre ulemper enn det utenlandske, eller således det utenlandske selskap andre fordeler enn det norske, er ikke ansett å være noen akseptabel begrunnelse etter EF-domstolens avgjørelse i *Avoir-fiscal*³⁸. Når utenlandske bedrifter blir underlagt samme skattevilkår som det norske selskap etter fusjonen/fisjonen, er det på basis av praksis fra EF-domstolen ikke grunn til at dette skal komme til anvendelse.³⁹ Jeg kan ikke se at dette kan fortolkes annerledes i forhold til EØS-avtalen. Hensynet til sammenhengen i skattesystemet kan ikke begrunne restriksjonen.

Andre hensyn

Det neste spørsmål blir om det kan finnes andre relevante hensyn som kan rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen. Som tidligere nevnt, må man ta høyde for at de forskjellige formål må tilsi at EFTA-domstolen må være noe lempeligere med å godta allmenne hensyn enn det som følger av EF-domstolens praksis.

Manglende kontrollmuligheter

Selv om driften vil fortsette i Norge som et fast driftssted eller datterselskap, kan det ligge en eventuell fare i at det overtakende selskap på sikt vil flytte verdier i det norske selskapet ut av landet, uten at det foretas beskatning. Man må for det første vurdere om dette er et saklig hensyn, og hvis det er det, om det foreligger tilstrekkelig

³⁷ C-204/90 *Bachmann*, ECR [1992] I-249.

³⁸ C- 270/83, *Kommisjonen mot Frankrike (Avoir Fiscal)*, ECR [1986] I-3663.

³⁹ Støtte for dette syn kan også hentes i sakene C-264/96, *ICI* ECR [1998] I-4695, premiss 26 der forebyggelse av skatteunndragelse ikke var et forholdsmessig inngrep, og C-118/96 *Jessica Safir*, ECR. [1998] I-1897 der redusert skatteproveny ikke ble godtatt som unntak ved allmenne hensyn.

proporsjonalitet mellom hensynet og virkemidlet (forskjellsbehandling), eller om det kan ivaretas på enklere måte etter substitusjonsprinsippet.⁴⁰

Manglende kontrollmuligheter for overførte verdier kan eksempelvis være et relevant hensyn.

Iht til *Halliburton* vil manglende kontrollmuligheter etter EF-retten neppe være saklig, på grunn av de incentiver som oppstilles i direktivet om gjensidig bistand⁴¹. Her kan det stilles spørsmål om EØS-avtalen må fortolkes noe annerledes, iht sitt formål og den manglende implementering av bistandsdirektivet i norsk rett.

På den ene siden kan man hevde at EF-domstolen her har gått langt i å la hensynet til det indre marked gå foran de nasjonale hensyn til vern av skattefundamenter. Det er ikke gitt at behovet for frihandel og konkurranse kan gis like stor gjennomslagskraft.

På den annen side kan man hevde at også hensynet til frihandel og konkurranse ville blitt merkbart svekket dersom man godtok forskjellsbehandling av kontrollhensyn. Den norske lovgiver er heller ikke avskåret fra å regulere dette konkret, noe man har gjort i Skatteloven § 14-60 flg og vi har også incentiver for bistand etter Konvensjonen om gjensidig bistand av 25. januar 1988 om gjensidig bistand i skattesaker og skatteavtaler med alle EØS-statene, unntatt Liechtenstein, i samsvar med artikkel 26 i OECDs mønsteravtale. Dette bør være tilstrekkelig for å hindre emigrasjon av skattefundamenter.

Skaugeutvalget har pekt på at reglene i § 14-60 flg muligens ikke er tilstrekkelige for å sikre norske skattefundamenter⁴², men det bør i så fall avhjelpe av en gjennomgang av disse reglene. Anser man det for vanskelig å regulere dette konkret, bør man etter min mening heller innrette seg slik at en eventuell misbruksbestemmelse kan fange opp disse tilfellene i tråd med substitusjonsprinsippet. Jeg legger derfor til grunn at kontrollmulighetene for tilknytning av driftsmidler ikke er tilstrekkelig til å rettfærdiggjøre forskjellsbehandling, selv om det tas høyde for at EFTA-domstolen kan

⁴⁰ C-222/95, *Parodi*, ECR [1997] I-3899.

⁴¹ Direktiv 799/77, jf Romatraktaten art 94.

⁴² s443

vurdere saklighetshensynet noe lempeligere enn det som følger av EF-domstolens behandling i *Halliburton*.

Skatteunndragelse

I teorien antas det at;

”domstolen vil akseptere unntak fra likebehandlingsprinsippet i de tilfelle hvor unntaksregelen sikrer mot skatteunndragelse, forutsatt at den er rimelig fokusert og gir rom for evaluering av hvert enkelt tilfelle.”⁴³

Jeg har ikke noe videre kildegrunnlag for dette standpunkt, men dersom det kan legges til grunn, må det aktuelle spørsmål være om Skattelovens regel gir rom for evaluering i det enkelte tilfelle. Det er her ikke § 11-22 som er til vurdering, men eksklusjonen av fusjoner og fisjoner med virkninger over landegrensene etter §§ 11-1 flg. I så tilfelle finner jeg at det ovenfor nevnte resonnement ikke kan komme til hjelp, da § 11-1 ikke gir rom for evaluering i det enkelte tilfelle.

4.6 Konklusjon

Av det forestående kan man slå fast at norsk rett i utstrakt grad ikke p.t. kan ses å være i strid med EØS-avtalens bestemmelser. For en stor del skyldes dette at den manglende underliggende selskapsrett medfører at det ikke kan konstateres diskriminering.

I ett tilfelle kan det konstateres usaklig forskjellsbehandling etter Skattelovens regler. Der et norsk selskap er objekt for overtakelse, vil selskapet behandles ulikt ettersom det er utenlandske eller norske kjøpere.

⁴³ Liland/Nordbø ”Internasjonal skattekåndbok” s. 302-303

Art 1 jf 6 i EØS-avtalen oppstiller et krav om ”ensartet” fortolkning med EF-traktaten, slik at der det foreligger et brudd etter traktaten, skal man også legge det til grunn etter tolkning av EØS-avtalen. I utgangspunktet er bare rettsakter avsagt før 2 mai 1992 bindende for fortolkningen, men i følge rettspraksis kan også nyere kan få virkning.⁴⁴ Det må således legges til grunn at det foreligger et brudd som kan få virkning for Norge⁴⁵.

⁴⁴ Rt. 2002.391 *God Morgen*, Rt.2000 s. 1811. *Finanger*. Se også St.meld nr 27 (2001-2002) om EØS-samarbeidet 1994-2001 s. 85

⁴⁵ støtte for dette kan også hentes i art. 3, lojalitetsplikten.

Del 3. Sekundærretten på den direkte beskatnings område

5 Grunnlaget for behandlingen av sekundærretten.

Jeg har i det foregående kommet til at det til en viss grad kan foreligge diskriminering i behandlingen av grenseoverskridende omorganiseringer som vil kunne medføre at norsk lovgiver må foreta visse endringer i regelverket.

Den manglende underliggende selskapsrett medfører for det første at det ikke er nødvendig å foreta en omfattende revisjon av reglene i Skatteloven kapittel 11. For det andre er det, som nevnt innledningsvis, heller usikkert hvorvidt EFTA-domstolen vil konstatere et brudd. Den manglende implementeringen av direktivet på EU-nivå har foreløpig ikke blitt prøvet som brudd på retten til fri etablering, og dette skyldes nok i stor grad den manglende underliggende selskapslovgivning.

Med forventet harmonisering av selskapsretten⁴⁶ og inntakelse av SE-forordningen, kan det medføre at spørsmålet om fri etablering blir aktuelt og at man vil måtte foreta en fullstendig revisjon.

Dette er på selvstendig grunnlag motiv for å behandle den sekundærlovgivning som søker å motvirke diskriminering.

Når Skauge-utvalget i tillegg uttrykker det som ønskelig med like skattemessige vilkår som våre viktigste handelspartnere i EU, danner disse elementer et behov for innsikt i de materielle og prosessuelle regler de har vedtatt. Fusjonsbeskatningsdirektivet er den klart viktigste sekundærlovgivningen i spørsmålet om gevinstbeskatning av grenseoverskridende omorganiseringer, men SE-forordningen som trer i kraft 8. oktober 2004, har også selvstendig og utfyllende verdi. Fusjonsbeskatningsdirektivet behandles i pkt 6, SE-forordningen i pkt 7.

⁴⁶ jf blant annet utkastet til 14de selskapsdirektiv med mulighet for grenseoverskridende flytting av hovedsete.

6 Fusjonsbeskatningsdirektivet

6.1 Formål

Alle medlemsstater har sitt eget skattesystem. Dette medfører at det kan oppstå forskjellsbehandling i 2 trinn; for det første ved ulik behandling internt i medlemsstatene mellom transaksjoner med på den ene siden bare nasjonale aktører, og på den annen side transaksjoner der aktører fra flere medlemsstater er involvert. For det andre kan det være ulikheter mellom de ulike lands behandling av transaksjoner med aktører fra flere medlemsstater. Begge disse forhold kan legge grunnlag for skattemessig forskjellsbehandling som bør motvirkes. I første omgang bør det derfor søkes å oppnå likebehandling av nasjonale og grenseoverskridende transaksjoner i hver medlemsstat, og videre bør det arbeides for harmonisering av de ulike lands skattesystemer, slik at det heller ikke mellom disse vil eksistere betydelige forskjeller i konkurransemessige rammevilkår ved omorganisering.

På samme tid skal man ta hensyn til medlemsstatenes selvbestemmelsesrett og suverenitet på skatterettens område. Formålet kan derfor ikke defineres så strengt som total likebehandling av omorganiseringer. Medlemsstatene har blitt enige om at formålet må være å tillate selskaper å tilpasse seg kravene som stilles i et indre marked, å øke sin produktivitet og forbedre sin konkurransestilling på et internasjonalt nivå.⁴⁷ Man kan neppe tolke dette så langt som at det stilles krav om fullstendig likebehandling av alle omorganiseringer innenfor EU-området, men at nasjonale og grenseoverskridende transaksjoner i hvert medlemsland i det minste skal behandles likt. De materielle vilkår direktivet oppstiller, vil i stor utstrekning tilfredsstille ønsket om likebehandling statene i mellom. Om spillerommet er tilstrekkelig til å ivareta og sikre skattefundamenter og tillate nasjonalt prioriterte hensyn, avhenger av hvor strengt man tolker bestemmelsene.⁴⁸

⁴⁷ jf preambelet og partenes intensjoner, slik de fremgår av møtereferatene fra Rådsbehandlingen

⁴⁸ F.eks om man skal tillate de danske og tyske eiertidskrav for vederlagsaksjer og den danske forhåndssamtykkeordningen.

Det er ikke direktivets intensjon å gi et endelig skattefritak, bare legge grunnlaget for at transaksjonen som omfattes ikke underlegges umiddelbar beskatning som kan hindre at ellers samfunns- og bedriftsøkonomisk fornuftige omorganiseringer finner sted.

Direktivets ordning kan derfor ses som et ”tax fairness principle”-

skatterettferdighetsprinsipp- hvor det legges opp til en midlertidig skattelempe som opphører ved den endelige realisasjon av eiendeler og aksjer som er involvert.

6.2 Generelt om direktivet

Av de tre direktiv som ble vedtatt av Ministerrådet i juli 1990, er

Fusjonsbeskatningsdirektivet det klart mest praktisk nyttige og verdifulle.⁴⁹ Et kort historisk tilbakeblikk illustrerer vanskelighetene dette direktivet har gjennomlevet.

Spørsmålet om skattlegging av virksomheter har alltid stått høyt på agendaen i EU. Det har vært et klart mål å sørge for harmonisering av økonomiske aktiviteter, og skattlegging anses som et kjerneområde i så måte.

Kommisjonen har helt siden 1960 bemerket at den skattemessige behandlingen av selskapers grenseoverskridende operasjoner har vært mangelfull. I henhold til de regler som gjaldt i medlemsstatene på den tiden, ble alle typer overføringer behandlet som om det overførende selskap var blitt oppløst og eiendeler solgt. Hovedproblemet for selskaper som forsøker å delta i grenseoverskridende operasjoner var da som nå mangelen på likvider til å behandle den skattebyrden som oppstår ved at skjulte reserver (som kunne skyldes inflasjon osv.) kommer for dagen. Kommisjonens ”1967 – Program” av 26.juni 1967, innebar forslag om utsettelse med beskatning for den latente skatt på kapitalgevinster i en periode av 10 år.

I 1969 ble det første regelverk for grenseoverskridende transaksjoner mellom bedrifter foreslått. 21 år gikk før man i 1990 fikk den endelige utgaven. At det tok så lang tid, skyldes nok i første rekke politiske og lovtekniske forhold. Direktiver på skatterettens

⁴⁹Foruten The Mergers directive; The Parent/subsidiary-directive 90/435EEC og the Arbitration Convention 90/436EEC

område må vedtas med enstemmighet av Rådet etter art 94⁵⁰, og mens indirekte beskatning er klart hjemlet i art. 90-93⁵¹, er direkte skattlegging mye vagere fundamentert i art 293⁵².

Ved forhandlingene på ministernivå ble forslaget om utsettelse med beskatningen i 10 år lagt til side, og i stedet ble det fremmet forslag om utsettelse helt til kapitalgevinstene faktisk ble realisert, en ordning noen medlemsstater allerede benyttet for innenlandske transaksjoner. Teknisk sett ble denne løsningen gjennomført ved å knytte aktiva og passiva fra det overførende selskap til et fast driftssted. Det overdragende selskap blir således en filial eller datterselskap av det mottakende selskap, og fortsetter det overdragende selskaps drift i sin helhet. Denne prosedyren er basert på artikkel 7 i OECDs mønsteravtale⁵³, som er antatt i de fleste europeiske lands dobbeltbeskatningsavtaler. Artikkel 7 gir det overførende selskaps medlemsstat retten til å beskatte profitt fra et fast driftssted beliggende i sitt territorium. De fiskale hensyn hos det overførende selskaps medlemsstat er beskyttet av konseptet om at kapitalgevinster som oppstår ved transaksjonen kan skattlegges ved den faktiske realisering, dvs ved det endelige salg eller likvidering av det faste driftssted.

1969-forslaget inneholdt en egen definisjon av fast driftssted. Definisjonen kan ikke gjenfinnes i direktivet slik det er endelig utformet. Definisjonen av fast driftssted er ansett tilstrekkelig behandlet i art 5 i OECDs mønsteravtale.

Den endelige versjonen av Fusjonsbeskatningsdirektivet er utformet med tanke på kun å dekke de viktigste skattereglene som er nødvendig i en rettslig regulering av fusjoner og liknende transaksjonsformer som fastslått i artikkel 2. Selv om Fusjonsbeskatningsdirektivet er knapp i sin ordbruk, er det absolutt ikke ukomplisert. Som det vil fremgå under behandlingen av de ulike bestemmelser, er mangelen på

⁵⁰ Ex art 100

⁵¹ Ex art 95-99

⁵² Det er således en tilsynelatende selvmotsigelse mellom den klare prioriteringen av skattlegging som et viktig område for økonomisk harmonisering og prioriteringen i traktaten. Dette skyldes imidlertid i stor grad den sterke stilling selvråderetten har på den direkte beskatnings område, et hensyn som måtte tillegges vekt ved utforming. Artikkel 293 i Amsterdamtraktaten erstatter artikkel 220 etter Romatraktaten.

⁵³ "Convention on Double Taxation of the Organisation for Economic Cooperation and Development" (The OECD model treaty)

konsistens og konsekvens i ordbruken åpenbar, og medfører ytterligere tolkningsproblemer.

6.3 Håndhevelse

EF-traktaten kapittel 2, krever at medlemsstatene implementerer et direktiv innenfor tidsfristen og på komplett måte.⁵⁴ Som ved alle tilfeller hvor et offentlig organ anvender lovregler, er det flere muligheter for kontrovers mellom dette organet og individuelle fysiske eller juridiske personer, slik som gal anvendelse av lover, gal fortolkning, gal implementering, for utstrakt bruk av skjønnsmarginer osv. Videre kan det skje i fremtiden at visse tilfeller som ved første øyekast ikke er dekket av direktivet og derfor ikke er dekket av den respektive implementeringslovgivningen likevel faller inn under direktivets bestemmelser (som vil fremkomme etter en grundig tolkning av direktivet hvor formålsbetraktninger vil være sentrale).

I de problemområder som er nevnt ovenfor, kan direktivet brukes til å undersøke nasjonal retts tilpasningsdyktighet og kan gi momenter til tolkningen av nasjonal rett. Videre er det i visse tilfelle mulighet for at direktivet kan få direkte virkning. I slike tilfeller kan nasjonale domstoler forelegge spørsmålet for EF-domstolen for forhåndsgodkjennelse, jf art 234⁵⁵ i traktaten. Retten vil da undersøke nasjonal rett i lys av direktivets ordlyd. Følgelig kan man trekke den konklusjon at selv etter at et direktiv har blitt implementert, har det fortsatt kontrollfunksjoner og er en viktig rettskildefaktor.

⁵⁴ Jf direktivets art 12

⁵⁵ Ex art 177

6.4 Fortolkning

Nedenfor vil jeg ta for meg tolkningen av bestemmelsene og redegjøre for direktivets oppbygning. Da Fusjonsbeskatningsdirektivet ikke finnes i norsk versjon, finner jeg det naturlig å legge den engelske originalteksten til grunn.⁵⁶ Der det kan virke opplysende, blir andre språkvarianter brukt som støtte.⁵⁷

Når det gjelder bruken av preambelet i den videre tolkning, vil jeg henviser til de betraktninger som er særlig betydningsfulle i forhold til de ulike artiklene.

Artiklene 12 og 13 omtales ikke nærmere, da de er av formell art og ikke av nærmere betydning for oppgaven.

Sentralt i tolkningen av Fusjonsbeskatningsdirektivet, er forholdet mellom hensynet til effektivisering ved omorganiseringer og hensynet til vern av skattefundamenter. Behandlingen i det følgende bærer sterkt preg av dette. Avveiningen kommer, slik jeg ser det, til uttrykk i 3 omganger:

For det første når det gjelder hvilke transaksjoner som i det hele tatt må sies ha et behov for skattelempe ved omorganisering som veier tyngre enn hensynet til vern av skattefundamenter. Anvendelsesområdet for direktivet og omfanget av kvalifiserende transaksjoner faller under dette spørsmål.

For det andre må man se på om motivet for transaksjonen medfører at det likevel ikke foreligger et konkret behov for skattelempe i den aktuelle situasjon, dvs om transaksjonen uavhengig av de generelle rammer og materielle vilkår likevel ikke bør kvalifisere for skattelempe fordi det ikke er effektivisering som er motiverende for omorganiseringen, men den skattelempe som kan oppnås. Dette kommer til uttrykk i behandlingen av misbruksbestemmelsen i artikkel 11.

⁵⁶ se vedlegg

⁵⁷ den danske versjonen er inntatt i vedlegget.

For det tredje kommer avveiningen til uttrykk når man behandler de materielle krav til de kvalifiserte transaksjoner. Her blir skattelempen mer eller mindre modifisert av hensynet til vern om skattefundamenter. Behandlingen av de kvalifiserte transaksjoner tar for seg disse spørsmål.

Den følgende gjennomgang må ses med disse mål for øyet. Jeg finner det mest hensiktsmessig først å behandle anvendelsesområdet og de kvalifiserende transaksjoner. Deretter misbruksbestemmelsen i artikkel 11. Når man så kan legge til grunn hvilke transaksjoner som vil kunne oppnå skattelempe etter direktivet, kan jeg til slutt behandle de nærmere vilkår for den innvilgede skattelempe i artikkel 4 til 10.

6.5 Generelt om forholdet til underliggende selskapsrett

Det er svært viktig i tolkningen av Fusjonsbeskatningsdirektivet å kjenne til situasjonen rundt den manglende underliggende selskapsrett. Omorganiseringsformene fusjon og fisjon i artikkel 2 litra a) og b) er utformet under en forutsetning av en felles selskapsrettslig regulering av registrering, opphør og likvidasjon.⁵⁸ Ettersom det ikke foreligger noen felles selskapsrettslig regulering⁵⁹, er disse omorganiseringsmåtene ikke mulige å anvende i praksis, da fusjon eller fisjon med implikasjoner over landegrensene vil innebære likvidasjon etter det overførende selskaps hjemstats regler.⁶⁰ Flere land, deriblant Storbritannia og Tyskland har av denne grunn ikke implementert reglene for fusjon og fisjon.

⁵⁸ Otmar Thömmes, *EC Corporate Tax Law*, IBFD 1991, s 25

⁵⁹ Ettersom utkastet til 10de selskapsdirektiv ikke er vedtatt og valgfriheten i det 6te direktiv, fisjonsdirektivet, avskjærer forpliktelser ved grenseoverskridende transaksjoner, medfører dette at det ikke er bindende

⁶⁰ Vedtakelsen av SE-forordningen avhjelper i en viss grad disse forhold.

6.6 Anvendelsesområde

Fusjonsbeskatningsdirektivets anvendelsesområde fremkommer i artikkel 1 og 3.

Artikkel 1 trekker opp hovedgrensene for anvendelsesområdet, både i retning av hvilke transaksjoner som omfattes og den geografiske avgrensning. Hvilke selskapsformer som omfattes av direktivets begunstigende behandling fremkommer av artikkel 3.

6.6.1 Artikkel 1

Direktivets anvendelsesområde kan spesifiseres i tre elementer;

6.6.1.1 Grenseoverskridende transaksjoner

For det første kommer direktivet bare til anvendelse på grenseoverskridende transaksjoner, jf ”companies from two or more Member States”. Definisjonen av hva som omfattes av ”company” er gitt i artikkel 3. Direktivet sier for øvrig ingenting om tilknytningen mellom de to selskapene, og det åpnes derfor for at selskapene kan være mor-/datterselskap, to datterselskap eller totalt uavhengige.⁶¹

Det kan stilles spørsmål om hvor mange stater som må være involvert:

Det opprinnelige forslaget fra 1969 inneholdt ikke noen bestemmelse om at flere enn to medlemsstater kunne være involvert. Med inntakelsen av aksjebytte⁶² som en kvalifiserende transaksjonsform ble det klart at dette var nødvendig, da det ofte kan involvere 3 parter, selv om bare 2 kvalifiserer for fritak. Ved andre transaksjonsformer kan det for eksempel være tilfelle dersom det overførende og det mottakende selskap befinner seg i samme stat, mens det faste driftssted befinner seg i et annet land. Dersom det overførende selskap ikke kunne nyte godt av fritaksreglene, ville dette begrense det praktiske anvendelsesområdet for direktivet, og føre til at ønskelige omorganiseringer ikke ville bli gjennomført, noe som ville være i strid med direktivets mål.

⁶¹ Otmar Thömmes, ”*EC Corporate Tax Law*”; 1991, IBFD, ”Commentary on article 1” pkt 11 s. 15.

⁶² jf art 2 (d)

Ordlyden i definisjonen åpner for flere tolkningsalternativer. Den mest restriktive tolkningen krever at alle involverte parter skal være hjemmehørende i forskjellige medlemsstater. Alternativet, og mer liberalt, er å tillate at Direktivet kommer til anvendelse dersom i det minste 2 (av flere) land er berørt. Da vil direktivet komme til anvendelse i tilfeller hvor to av tre selskaper/partner er hjemmehørende i samme medlemsstat.

Den uklare ordlyden nødvendiggjør en tolkning av direktivets formål. Hovedformålet er å tillate selskaper å tilpasse seg de kravene som stilles i det indre marked, for å forbedre deres produktivitet og i sin tur konkurranseevnen og å fjerne skattehindre som avviker fra reguleringen på nasjonalt nivå.⁶³ Ut av dette kan man ikke slutte at dersom det er flere enn 2 selskaper som er involvert, så må de komme fra forskjellige stater. Å kreve ”ett selskap – én stat” ville innskrenke direktivets virkeområde betraktelig og medføre tyngende mellomtransaksjoner for å oppnå direktivets krav. Selv uten å ta skattehindre i betraktning, er det vanskelig nok å fusjonere forretningsaktiviteten i to juridisk selvstendige enheter dersom det ligger en politisk grenselinje mellom dem (konkurransemessige hindre etc). Målet med direktivet må anses møtt om i det minste to selskaper er hjemmehørende i forskjellige stater.

Et annet spørsmål er hvilke subjekter som kvalifiserer, dvs hva som ligger i begrepet ”involved”. Det naturlige utgangspunkt må være at det omfatter selskapsinteresser, jf ”companies” i art 1, jf art 3. Det vil således som utgangspunkt ekskludere andre interesser som aksjonærer i et av de involverte ”companies” selv om disse også godt kan være selskap som faller under oppregningen i artikkel 3. Dette fordi selskaper som ikke er inntatt i art 3 ved hjelp av en slik tolkning likevel ville kvalifisere. Dette innebærer at det involverte selskap, etter en streng ordlydsfortolning, enten tar form av å være et overførende⁶⁴ eller mottakende⁶⁵ selskap ved fusjon, fisjon og overføring av eiendeler og overtakende⁶⁶ eller overtatte⁶⁷ selskap ved et aksjebytte. Derfor må

⁶³ Preamblet, femte ledd.

⁶⁴ ”transferring” jf art 2 (e)

⁶⁵ ”receiving” jf art 2 (f)

⁶⁶ ”acquiring” jf art 2 (h)

⁶⁷ ”acquired” jf art 2 (g)

begrepet ”involved” her forstås som ”participating as the transferring or receiving company”.⁶⁸

Det presiseres at Fusjonsbeskatningsdirektivet tildels ikke tar stilling til kontinuitet på aksjonærnivå. Kontinuitet på aksjonærnivå der to selskaper fra samme land fusjonerer eller fisjonerer, må således følge av de enkelte lands lovgivning, dvs at dansk rett vil regulere hvorvidt danske aksjonærer i et tysk firma kan oppnå kontinuitet når det tyske firma fusjonerer eller fisjonerer med et annet tysk selskap. For fusjoner og fisjoner med selskaper i to forskjellige stater, kommer direktivet derimot til anvendelse etter artikkel 8.

Begrepene ”companies” og ”involved” sett i sammenheng er ved aksjebyttesituasjonene gitt en viss utvidet tolkning på aksjonærnivå, ettersom det her er aksjonæren som erlegger ytelsen - aksjene. Konsekvensen av dette er at det vil være 3 parter involvert i transaksjonen; det overtakende og overtatte selskap, samt aksjonærene i det overtatte selskap. Det tillates derfor at direktivet kan anvendes der en annen juridisk eller fysisk person enn selskapet selv etter artikkel 3 er involvert, i egenskap av aksjonær i det overtakende eller overtatte selskap. Ved aksjebytte kommer kontinuitet på aksjonærnivå således til anvendelse selv om det er to selskaper fra samme stat som gjennomfører aksjebyttet, så lenge aksjonæren befinner seg i et annet land.

6.6.1.2 EU-området

For det andre er direktivets anvendelsesområde begrenset til EU-området, jf ”Member states”. Dette er videre definert i art 227 EF.

Det bør poengteres at selv om direktivets ordlyd begrenser seg til medlemsstatene i EU, er ikke medlemsstatene pålagt å begrense anvendelsesområdet til disse medlemsstatene.

⁶⁸ Otmar Thömmes ECCTL, Commentary on article 1.

Etter dansk og svensk rett kan også norske selskaper komme inn under de fordelaktige skattelempningsreglene.⁶⁹

6.6.1.3 Transaksjonstyper

For det tredje er direktivet avgrenset til visse typer transaksjoner; fusjoner, fisjoner, overføring av eiendeler og aksjebytte. Det følger ikke eksplisitt av artikkel 1, men fremgår av en kontekstuell tolkning ift de opplistede transaksjonsformer nærmere definert i artikkel 2. De tre første formene var inntatt allerede i det opprinnelige forslaget, mens aksjebytteformen kom inn med Storbritannias inntreden i 1969. For de kontinentale land var denne fusjonsformen ukjent, mens den var den klart mest vanlige formen i anglosaksisk rettsfære.

6.6.2 Artikkel 3; avgrensning av hvilke selskapstyper som kvalifiserer.

6.6.2.1 Generelt

Artikkel 3 definerer kriteriene for at et selskap skal kvalifisere etter direktivet med tre innfallsvinkler;

For det første ved å referere til en liste over spesielle selskapsformer.⁷⁰

For det andre ved å henvise til den skattemessige hjemhørighet til disse selskapene.⁷¹

For det tredje ved også å gi anvendelse på de selskapsskattereglene som er av tilsvarende karakter.⁷²

⁶⁹ Jf Tfs 2002.133. Her var det ønsket et aksjebytte mellom et dansk selskap og to norske selskaper. Transaksjonen ble ikke godkjent, men det skyldtes forholdet til skatteflukt og –unngåelse etter art 11, ikke at selskapene ikke var hjemmehørende i EU.

⁷⁰ første ledd, litra (c), jf (a)

⁷¹ første ledd, litra (b)

⁷² annet ledd

6.6.2.2 Ad referanse til spesielle selskapsformer

For å begrense selskapstypene direktivet skal komme til anvendelse på, refereres det til en uttømmende liste i litra (c), som lister opp alle de juridiske former for selskaper som skal underlegges direktivets anvendelsesområde. Hvert land har fått anledning til å oppliste de selskaper de mener burde falle inn under direktivet. Generelt har medlemsstatene enten listet opp spesifikke selskapskattetyper⁷³, eller mer generelt underlagt alle selskaper som underlegges foretaksbeskatning direktivets ordning⁷⁴. Selv om det ikke fremkommer eksplisitt av bestemmelsen, er statene stilt fritt til å utvide listen over selskaper som skal omfattes. Begrensninger godtas derimot ikke.

Det er uheldig i forhold til prinsippene om likevekt og bevaring av skattefundamenter at noen land tillater skattelempe i større grad enn andre. I den grad for eksempel Storbritannia gir fra seg skatteprovenyer ved omorganisering av andre foretak enn aksjeselskap til Tyskland, vil det innebære et vesentlig misforhold når Tyskland ikke gjør det samme den andre veien. Et første eksempel er der et selskap hjemmehørende i en medlemsstat (Tyskland) konverterer et fast driftssted i et annet medlemsland (Storbritannia) til et datterselskap etablert i den staten. Medlemsstaten hvor det faste driftssted befinner seg kan unilateralt ha utvidet anvendelsesområdet for direktivet til den juridiske form som er benyttet for datterselskapet, mens den andre medlemsstaten kanskje ikke tilsvarende har utvidet sitt anvendelsesområde. Det kan derfor skje at den medlemsstaten hvor det faste driftssted befinner seg unnlater å skattlegge enhver kapitalgevinst som oppstår ved konverteringen av det faste driftssted til et datterselskap, mens medlemsstaten hvor morselskapet befinner seg (Tyskland) pålegger skatt på all kapitalgevinst.

En liknende situasjon kan oppstå når et datterselskap fusjoneres inn i sitt morselskap.⁷⁵ Datterselskapets hjemstat kan unilateralt ha utvidet anvendelsesområdet til å omfatte denne datterselskapstypen, mens morselskapets hjemstats definisjon ikke omfatter

⁷³ eksempelvis Frankrike og Danmark

⁷⁴ Eksempelvis Storbritannia og Irland.

⁷⁵ art 2(a) tredje strek.

datterselskapets selskapsform. Her vil det kunne skje at morselskapets hjemstat beskatter overdragelsen som realisasjon av aksjene i datterselskapet.

Hovedformålet med bestemmelsen var å sikre at i det minste de formene som vanligvis tar del i grenseoverskridende transaksjoner skal dekkes av direktivet. Den uensartede definisjonsbruk medfører imidlertid at statene i større utstrekning må anvende gjensidighetsklausuler i deres implementasjonslovgivning. Den beste løsning er nok å innføre mer konkrete grenser for hvilke selskapstyper som omfattes.

Selv om det ikke er tvil om at også andre selskapsformer kunne ha behov for å nyte godt av ordningen med utsettelse av beskatning, gjør hensynet til skattefundamenter at statene er mer tilbakeholdne med å gå med på en generell skattelemperegulering for alle former for selskapstyper og selskapsskatt. På grunn av enstemmighetskravet⁷⁶, måtte Kommisjonen følge en forsiktig policy med begrensning av skattesystemet til de former for selskaper som er mest vanlige og typiske i grenseoverskridende reorganiseringer. Allerede før direktivets vedtakelse i 1990 annonserte Kommisjonen at det ønsket å ta flere skritt mot målet om å utvide Direktivets anvendelsesområde så snart det foreliggende forslaget hadde blitt antatt⁷⁷. Arbeidet er intensivert etter 2001⁷⁸

Den endelige utformingen av artikkel 3 er i stor utstrekning modifisert ift det opprinnelige forslaget fra 1969. Der var det ikke ansett nødvendig å oppliste de forskjellige selskapstyper som Direktivet skulle komme til anvendelse på. Da det ble utformet, antok man at det var et tilstrekkelig kriterium at selskapene ville være underlagt selskapsskatt⁷⁹, for å angi hvilke selskapsformer som skulle være underlagt Direktivet. Under Rådsforhandlingene kom det derimot frem at landene Belgia og Frankrike også underlegger andre selskapstyper enn aksjeselskaper en mulighet for å

⁷⁶ art 94 (ex100)

⁷⁷ "Communication of 20. April 1990 on the Guidelines of Enterprise Taxation (SEC (90) 601 Final)

⁷⁸ Sec 2001 (1681) (Final) "Company taxation in the internal market", Kom (2001) 582 final; Towards an Internal market without tax obstacles; a strategy for providing companies with a consolidated tax base for their EU-wide activities.

http://europa.eu.int/eur-lex/da/com/cnc/2001/com2001_0260da01.pdf

⁷⁹ "being subject to corporation tax"

velge selskapsbeskatning i stedet for inntektsbeskatning⁸⁰, og at noen land⁸¹ underlegger visse selskaper skatt, men som av varierende grunner får skatteunntak⁸². Det ville etter mange medlemsstaters oppfatning medføre en uønsket utvidelse av direktivet dersom også disse selskaper falt inn under direktivet. Forslaget ble derfor endret slik at selskaper som hadde en slik valgmulighet eller mulighet for unntak ikke skulle omfattes.⁸³

6.6.2.3 Ad hjemhørighet

Artikkel 3 første ledd b) oppstiller et krav om at selskapet må være hjemmehørende for skatteformål i en medlemsstat for at det skal falle inn under Direktivets regler. Det er skattereglene i den angjeldende medlemsstat som må legges til grunn.

1969-forslaget definerte hjemhørighetskriteriet til de selskaper som kom under lovgivningen i ett land, noe som ikke ble ansett tilstrekkelig for å avgjøre skatteplikt. Det faktum at et selskap er opprettet etter reglene i ett land, medfører ikke nødvendigvis at de er skattepliktige her. I den endelige teksten henvises det derfor i stedet til at selskapet må være skattemessig hjemmehørende etter ett medlemslands nasjonale rett, og at den beskatningsrett som følger av dette ikke er fraskrevet i en skatteavtale med et land utenfor EU.⁸⁴

Det er irrelevant om kravene til hjemhørighet etter andre staters lovregler avviker fra de som finnes i den berørte stat. Således kan for eksempel et mottakende selskap være hjemmehørende i en stat fordi det er inkorporert der og at denne stats skattelovgivning sier at alle selskaper som er inkorporert etter denne statens regler er hjemmehørende der. Medlemsstaten hvor det overførende selskap er hjemmehørende, må la direktivet

⁸⁰ I Frankrike er generelle partnerskap (sociétés en nom collectif), begrensede partnerskap (sociétés en commandite simple) og joint ventures (ventures jointes) gitt muligheten til å velge mellom selskapsskatt og inntektsskatt.

⁸¹ Eksempelvis Nederland; "Netherlands' Corporations Tax Law Act of 1969"; artikkel 28, som gjelder nederlandske investeringsselskaper.

⁸² I betydningen generelt unntak. At et selskap tilfeldigvis ikke betaler skatt et år er irrelevant.

⁸³ art 3 litra (c) "without the possibility of an option or of being exempt"

⁸⁴ Art 3 litra (c). Dobbeltskatningsavtaler skal bare tas i betraktning når et selskap kan behandles som hjemmehørende utenfor EU etter avtalens regler, selv om de anses hjemmehørende i en spesiell medlemsstat etter den statens nasjonale rett.

komme til anvendelse selv om det etter sine egne skatteregler ville konstatert hjemhørighet til seg.

Selskaper med dobbelt hjemhørighet vil bare ekskluderes dersom de, ved siden av å være hjemmehørende i et medlemsland også er hjemmehørende i et land utenfor EU etter en dobbeltbeskatningsavtale. Hvis det foreligger dobbelt hjemhørighet i to EU-land, vil det bare bli eksklusjon dersom det er gjennomført for å få uberettigede skattefordeler⁸⁵.

6.6.2.4 Ad selskapsskatteregler av samme karakter.

Tredje ledd slår fast at retten til skattelempe ikke kan omgås ved at selskapstypene er underlagt en annen type skatt. Noen stater klassifiserer kapitalgevinstene under andre typer skatteformer, som inntektsskatt. Dette skal ikke medføre noen begrensning i retten til utsettelse med beskatningen. Det avgjørende er med dette ikke klassifiseringen, men om kapitalgevinster de facto underlegges beskatning.

⁸⁵ Jf art 11.

6.7 Kvalifiserende transaksjoner

Det er ikke tilstrekkelig for skattelempe etter direktivet at selskapene omfattes og at de er hjemmehørende i ett av medlemslandene. Det stilles også krav til selve transaksjonen som gjennomføres for at omorganiseringen kan gis begunstigende behandling.

6.7.1 Generelt, artikkel 2

Målet med artikkel 2 er å definere de transaksjonene som dekkes av direktivet⁸⁶, og klargjøre en del begreper som er sentrale i kravene til de nevnte transaksjonsformer⁸⁷. Hver medlemsstat har sin språklige oversettelse av definisjonene, som kan åpne for en viss uoverensstemmelse, men ved språklig eller innholdsmessig tvil er det EF-domstolen som har den endelige myndighet til å fastlegge forståelsen.

6.7.2 Fusjon

Litra a) definerer fusjon (sammenslåing), og skiller mellom 3 forskjellige typer;

For det første har man situasjonen der ett eller flere selskaper fusjonerer inn i et allerede eksisterende selskap.⁸⁸

For det andre har man situasjonen der to eller flere selskaper fusjonerer inn i et nytt selskap.⁸⁹

For det tredje har man de tilfelle der ett selskap fusjonerer inn i sin eneste aksjonær.⁹⁰ Det er en variant av situasjonen oppregnet i første innrykk, men viser at det ikke er noen

⁸⁶ Litra (a) til (d)

⁸⁷ Litra (e) til (i)

⁸⁸ Første innrykk. "merger by absorption"/"one into one merger"/fusjon v/opptak.

⁸⁹ Annet innrykk. "merger by formation"/"two into one merger"/fusjon v/nydannelse.

⁹⁰ Tredje innrykk.

hindring at det bare er én stor aksjonær involvert og at det allerede foreligger et nært tilknytningsforhold. Alternativet gjelder typisk i konsernforhold.

6.7.2.1 Universalsuksesjon

Felles for alle situasjonene, og kjernen i bestemmelsen, er at det overførende selskap skal oppløses uten skattemessig likvidasjon⁹¹. Intensjonen er at det overførende selskap skal opphøre å eksistere som selvstendig enhet, men ikke at man anser alle aktiva som solgt. Man innfrir heller ikke kreditorer, foretar ikke utdeling til aksjonærene, gir ikke melding til foretaksregister eller skifterett eller utarbeider en likvideringsbalanse. Derimot overføres aktiva og passiva, rettigheter og forpliktelser i sin helhet til det mottakende selskap. Slik fusjonsbegrepet benyttes her, har det fått et meningsinnhold av kontinentaleuropeisk karakter, i tråd med det romerrettslige universalsuksesjonsprinsippet. Fusjon etter direktivet er således en form for sammensmeltning, der alle aktiva og passiva overføres til et annet selskap i bytte mot utstedelse av aksjer til aksjonærene i det overførende selskap. Det overførende selskap vil anses som totalt absorbert av det andre selskap og oppløses.

Dette synet på fusjonssituasjonen avviker fra det synet man i anglosaksiske land har på ”mergers”. Der er det tilstrekkelig at aksjemajoriteten er overført til ett selskap, jf aksjebytte under. Dette grunner i de formalistiske regler for instruksjonsmyndighet overfor styret og beslutningsdyktighet på generalforsamling som gjelder i denne rettsfære. De strengere krav som dermed oppstilles for ”fusjon” i Fusjonsbeskatningsdirektivet, har vært en medvirkende faktor til at anglosaksiske land ikke har inntatt reglene om fusjon og fisjon i sin lovgivning.

Bestemmelsen henviser til at aktiva og passiva skal overføres til det mottakende selskap.⁹² Det kreves ikke med dette noen individuell overføring av aktiva og passiva. Overføringen er en konsekvens av fusjonen som et hele, og ikke et resultat av

⁹¹ jf *“being dissolved without going into liquidation”*

⁹² jf *“..transfer all of their/its assets..”*

selvstendige transaksjoner. Formelle krav til eiendomsovergang, som skjøte, grunnbokshjemmel og tinglysning/registrering kreves generelt ikke. Heller ikke byttet mot aksjer skal medføre noen individuell transaksjon.⁹³

Det kreves heller ikke at det skal skje en fysisk overførsel over landegrensene. Det er eierrådigheten som er det sentrale, og denne skal knyttes til et fast driftssted, jf art 4. Tvert imot vil en fysisk overførsel over landegrensene motsetningsvis betraktes som uttak, og beskattes deretter.⁹⁴

6.7.2.2 Vederlagsformen

Begrepet "securities", reiser visse tolkningsproblemer. Dette skyldes at den normale engelskspråklige tolkningen av dette begrepet er videre enn begrepet "shares" som benyttes ved aksjebytte. "Securities" kan i normal språkbruk synes å innebære at også "debt securities"⁹⁵ omfattes, og dette ville eventuelt medføre at gjeldskonverteringssituasjoner omfattes. Det er imidlertid i strid med de bytteforhold direktivet ønsker å avgrense mot, og således i strid med formålet. Bruk av konvertible gjeldsbrev vil i mange tilfelle tilsløre størrelsen på kontantvederlag, og er også av den grunn lite ønskelig. Inntakelsen av begrepet "securities" skyldes nok at man i utarbeidelsen forsøkte å oversette det franske begrepet som før Storbritannias inntreden var det klart mest benyttede språk i EF.⁹⁶ Noen realitetsforskjell til begrepet "shares" er dermed ikke tilsiktet, og bestemmelsen bør heller ikke tolkes slik. "Aksjer i det overførende selskaps kapital" vil nok være den mest hensiktsmessige oversettelsen til norsk.

⁹³ jf "...in exchange for the issue."

⁹⁴ Jf artikkel 4. Noen medlemsstater, som Tyskland, gir skattelempe for overføring over landegrensene, dersom det skjer til et tysk fast driftssted i utlandet.

⁹⁵ konvertible gjeldsbrev.

⁹⁶ "Titres représentatifs du capital social de l'autre société".

6.7.2.3 Verdivurderingen

Dette er et av de mest problemfylte områdene i vurderingen av skattelempe. Den endelige versjonen av Direktivet behandler ikke verdivurdering av aksjene som mottas av det overførende selskap. I motsetning var det i utkastets art 10(3) inntatt en bestemmelse som ga det overførende selskap rett til å fastsette vederlagsaksjene til markedsverdi uten å medføre beskatning. Denne regelen er nødvendig for å gi full effekt til målene uttrykt i preambelet. I henhold til medlemsstatenes implementering er det klart at utkastets ordning ikke er fulgt.⁹⁷

Mange stater krever at selskapene verdifastsetter aksjene til bokført verdi av aktiva og passiva.⁹⁸ Noen bruker også en metode der verdifastsettelsen ligger mellom bokført verdi og markedsverdi, men da må det knyttes til overføringsverdien (relativt sett). Med andre ord pålegger disse statene en dobbel overføring av de skattemessige verdier; skjulte reserver overføres med aksjene til det mottakende selskap og de overføres også på det overførende selskaps aksjonærers hånd gjennom vederlagsaksjene. Således får både aksjonærer og selskap en latent skatteplikt for de overførte aktiva og passiva. Dette øker risikoen for dobbeltbeskatning.

Den økonomiske dobbeltbeskatningen som kan oppstå med en slik regulering, kan unngås ved at man senere unntar realisasjonsgevinstene ved et endelig salg eller gir adgang til oppskrivning av verdiene til markedsverdi slik at gevinst ikke fremkommer. Metoden, som kalles ”participation exemption”, demmer opp for dobbeltbeskatning, men vil i de fleste tilfelle være underlagt vilkår som krav til eiertid for aksjene⁹⁹. Dette kan på selvstendig grunnlag være i strid med artikkel 11, jf nedenfor.

⁹⁷ ”Survey on the implementation of the Mergers Directive” IBFD 1995.

⁹⁸ Skattemessige verdier, der man opererer med et eget skatteregnskap

⁹⁹ jf behandlingen av overføring av eiendeler, Tysklands modell.

6.7.2.4 Kontantvederlag

Det tillates et kontantvederlag på 10% av aksjenes pålydende eller regnskapsmessige verdi som skal mottas av det overførende selskaps aksjonærer¹⁰⁰. Man tar imidlertid ikke overpris med i beregningen, slik at man ved fastsettelsen av denne allerede må ha funnet ut hvor stor kontantandel som tillates. Dersom medlemsstaten ikke opererer med en nominell verdi i sin selskapsrett, er det hovedsakelig den regnskapsførte utstedelsesverdi som legges til grunn.¹⁰¹

Kontantvederlaget er særlig praktisk for å få bytteforholdet til å gå opp og i forholdet til minoritetsaksjonærer. Dersom en eller flere minoritetsaksjonærer ikke ønsker å bli aksjonærer i det mottakende selskap, kan man løse dette problemet med kontant betaling. Dersom man på den annen side godtok større kontantandel, ville det kunne være et incitament til å realisere en stor del av gevinstene for å unngå senere beskatning i det mottakende selskap. Kontantvederlaget er dog ikke skattefritt, og beskattes som kapitalgevinst, uansett om transaksjonen kvalifiserer etter direktivet eller ikke. De opparbeidede gevinster må fordeles på den delen som faller inn under de aksjer som kan overføres skattefritt og det kontantbeløp det skal betales skatt av. Overstiger kontantvederlaget 10% etter nevnte beregningsmåte, vil ingen del av transaksjonen kvalifisere for skatteutsettelse, og transaksjonen som helhet kan beskattes til de virkelige verdier, etter medlemsstatenes regler.

6.7.2.5 Fusjon i konsern

Fusjon i konsern kan gjennomføres på flere måter. Den enkleste er der et datterselskap går inn i sin hovedaksjonær, det vil si at datterselskapet opphører å eksistere, såkalt mor-/datterfusjon. Slik fusjon er hjemlet i artikkel 2a tredje innrykk. Her oppstår det ikke noe problem med vederlag og kontantandel, da morselskapet allerede eier datterselskapet, og aksjonærene således bare indirekte er eiere i datterselskapet. Det er

¹⁰⁰ Det bemerkes at bestemmelsen inneholder et forbud mot lavere kontantvederlagsgrense enn 10%. Flere land, blant annet Storbritannia og Danmark (etter lovendring av 17.mai 2002) har fjernet denne grensen. I Sverige har det nylig vært vurdert, uten at det nådde frem i proposisjonen til endring av Andelsbytelagen, jf prop. 2002/03:15.

¹⁰¹ For eksempel Tyskland og Belgia, som er mer fleksibel i sin verdifastsetting.

av den grunn heller ikke noe behov for kontantvederlag, og bestemmelsen gir heller ikke mulighet for det.

Den omvendte situasjon, der et morselskap innfusjoneres i et heleid datterselskap, omfattes ikke av art 2a, tredje innrykk. I det opprinnelige forslaget var det inntatt en bestemmelse om dette, men den har blitt utelatt. Man kan ikke av dette slutte antitetisk at denne typen fusjon ikke kvalifiserer. En slik transaksjonsform vil være mulig etter art 2a første innrykk, men statene er pga den manglende inntakelse i direktivet gitt myndighet til å bestemme om denne typen transaksjon bør kvalifisere.

En konsernfusjon i form av at et datterselskap overfører alle sine aksjer til et annet datterselskap mot at aksjonærene i det overførende selskap mottar aksjer morselskapet, såkalt trekantfusjon, er ikke hjemlet i direktivet. Art 2a første og annet innrykk kommer ikke til anvendelse da disse bestemmelsene krever at vederlagsaksjene skal utstedes av det mottakende selskap – det mottakende datterselskapet – og ikke av et annet selskap.¹⁰² Tredje innrykk kommer ikke til anvendelse fordi det kreves at alle aktiva og passiva overføres til morselskapet.¹⁰³ En trekantfusjon må derfor gjennomføres på annen måte. Dette kan skje ved at det overførende datterselskapet fusjoneres inn i morselskapet og at dette senere foretar en overføring av eiendeler til det mottakende datterselskap. Et annet alternativ er å gjennomføre en fusjon ved opptak, dvs at det mottakende datterselskapet overtar det overførende ved en utstedelse av aksjer. Dermed kan man gjennomføre et aksjebytte med morselskapet, hvor aksjonærer i det overførende selskap således får aksjer i morselskapet.

Konklusjonen man kan trekke etter dette, er at selv om ikke direktivet åpner for trekantfusjoner direkte, vil de alternative transaksjonsformer avhjelpe denne situasjonen. Det er en svakhet at direktivets ordlyd ikke åpner for dette, når det i praksis kan gjennomføres med skattelempe. Det er ingen hindringer for at statene gir lempeligere vilkår enn direktivet legger opp til, men hensynet til harmonisering og like vilkår taler for at en rett til trekantfusjon burde fremgå direkte av artikkel 2.

¹⁰² “for the issue to their shareholders of securities representing the capital of that other company”

¹⁰³ transfers all its assets and liabilities to the company holding all the securities representing its capital

En tredje variant av konsernfusjon er der et datterselskap fusjonerer med et annet datterselskap med vederlag i et tredje datterselskap, såkalt firkantfusjon. Denne fusjonsformen er ikke mulig å gjennomføre etter direktivet, ettersom det både etter første og andre innrykk kreves at vederlagsaksjene utstedes av kapitalen i det mottakende selskap¹⁰⁴. Etter tredje innrykk kreves det som nevnt at det mottakende selskap allerede eier alle aksjene i det overførende selskap.

Et datterselskap kan også fusjoneres med et annet datterselskap mot at det utstedes aksjer i det mottakende selskap. Dette betraktes imidlertid ikke som en konsernfusjon, men som en fusjon mellom to selvstendige selskaper.¹⁰⁵ Det samme gjelder der to datterselskaper går sammen og danner ett nytt.¹⁰⁶

6.7.3 Fisjon

Litra (b) definerer fisjon. Her overdras selskapets aktiver og passiver som helhet til to eller flere selskaper, eksisterende eller nye. Vederlaget består i nye aksjer utstedt til aksjonærene i det overførende selskap.

6.7.3.1 Forholdet til fusjonsreglene

Litt forenklet, kan man si at fisjon er motstykke til fusjonsformen i litra (a) annet innrykk. I stedet for at to selskaper går sammen og danner ett nytt, fordeles ett selskap på to nye og/eller eksisterende selskaper. For spørsmålene om universalsuksesjon, vederlagsform, verdivurdering og kontantvederlag vises det derfor til gjennomgangen av fusjon.

¹⁰⁴ “for the issue to their shareholders of securities representing the capital of that other company”

¹⁰⁵ jf art 2a første innrykk.

¹⁰⁶ jf art 2a annet innrykk.

6.7.3.2 Utstedelse av vederlagsaksjer

Utstedelsen av vederlagsaksjer skal gjøres pro rata til de respektive deler av verdien av det overførende selskap som mottas av fisjonsmottakerne. Som ved fusjon skal aktiva og passiva overføres som en konsekvens av fisjonen og ikke i form av individuelle transaksjoner. Til forskjell fra ved fusjon, gjør det seg imidlertid gjeldende visse hensyn mht til fordelingen av aktiva og passiva. Hensynet til ansatte, kreditorer, kontraktsparter og offentlige og fiskale betraktninger tilsier at aktiva og passiva ikke kan fordeles fritt, men bør ha en viss sammenheng med den videre drift. For eksempel ville det ikke være en særlig holdbar situasjon dersom man overførte avskrivbare eiendeler, fordringer og rettigheter til ett selskap, og passiva og misligholdte kontrakter til et annet.

Fisjonstransaksjonen åpner derfor bare for en sammenbundet deling av et selskap, og involverer all dens eiendom. Aktiva og passiva som henger sammen skal følge hverandre ad, og fordelingen bør dokumenteres. I praksis kan det være vanskelig å peke på hvilken fordeling som er den korrekte, men i henhold til misbruksbestemmelsen i artikkel 11 må i det minste ikke fordelingen gjennomføres for å unngå eller unndra seg skatt.

Kravene om pro rata fordeling av vederlagsaksjer og opphør av det overførende selskap i forhold til de overførte verdier, utelukker muligheten for at et annet datterselskap kan erlegge vederlaget i aksjer i morselskap ved såkalt konsernfisjon. I slike tilfelle må selskapet først fusjoneres med morselskapet for deretter å overføres til det annet datterselskap via overføring av eiendeler.

6.7.4 Overføring av eiendeler

6.7.4.1 Om behandlingen

Overføring av eiendeler og aksjebytte vil undergis en noe grundigere behandling enn fusjon og fisjon, som følge av den mer utbredte praktiske betydningen disse formene

har. Implementeringen i våre viktigste handelspartnere i EU¹⁰⁷, Sverige, Danmark, Storbritannia og Tyskland vil bli brukt som rettesnor for spekteret av løsninger som er benyttet i implementeringen av bestemmelsene.

6.7.4.2 Utgangspunkter

Fusjonsbeskatningsdirektivet regulerer overføring av eiendeler i artikkel 2 c).

Det særegne med overføring av eiendeler er at det skjer en utstedelse av aksjer til det overførende selskap selv, ikke deres aksjonærer, og at det overførende selskap ikke opphører å eksistere ved overførselen.¹⁰⁸ Det er dermed ikke grunnlag for likvidasjonsbeskatning som ved fusjon og fisjon. Det medfører at det generelt bare er avtalerettslige og kjøpsrettslige regler som setter skranker, og disse vil normalt sett ikke hindre en slik transaksjon, med mindre avtalepartnere som medkontrahenter, kreditorer, agenter mv. har tatt forbehold for det i sine avtaler.

I motsetning til ved fusjon og fisjon, innebærer ikke overføring av eiendeler fullstendig universalsuksesjon av alle aktiva og passiva. Disse blir derimot overført individuelt etter de generelle regler i den stat hvor det overførende selskap er hjemmehørende. Derfor må man bare følge de regler som gjelder for denne staten. Eventuell motstrid mellom det overførende selskaps hjemstat og mottakende selskaps hjemstat, vil være regulert i internasjonal privatrett etter de lovvalsregler som følger derav.

Som resultat av dette kan direktivet komme til anvendelse uten videre fellesskapsrettslig regulering.

¹⁰⁷ http://www3.ssb.no/statistikkbanken/ny_fr.asp Oversikten viser import og eksport for året 2002.

¹⁰⁸ Jf ”without being dissolved” i motsetning til art 2(a) og 2(b); ”on being dissolved”.

6.7.4.3 Typer av overføring av eiendeler

Situasjonene hvor overføring av eiendeler kommer til anvendelse kan deles inn i to grupper.

Virksomhetsdel(er) i en annen medlemsstat

For det første har man de tilfeller der én eller flere virksomhetsdeler plassert i en annen medlemsstat overføres.

Dette er den i praksis klart mest aktuelle transaksjonsformen. Den kan finne sted enten ved at et fast driftssted skifter eier, eller at det gjøres om til et datterselskap av det mottakende selskap. Sistnevnte kalles ”incorporation of branch”.

Når det gjelder adgangen til inkorporering av en virksomhetsdel til et fast driftssted i et datterselskap, behandles det i forbindelse med artikkel 9 og under gjennomgangen av norsk rett. Kort fortalt er hovedregelen at omdannelse fra fast driftssted til et datterselskap ved eierskifte regnes som realisasjon, men flere medlemsstater har pga direktivets oppbygning likevel godtatt skattelempe ved inkorporering.

Virksomhetsdel(er) i overførende selskaps hjemstat.

For det andre har man de transaksjoner hvor en eller flere virksomhetsdeler plassert i samme medlemsstat som det overførende selskap overføres.

Denne gruppen av transaksjoner kan anses å være av mindre praktisk interesse når den sammenlignes med de reelle behov for omorganiseringer. Her overføres det som på forhånd er en nær eller integrert del av en virksomhet i ett land til et utenlandsk selskap med et fast driftssted i dette landet. I praksis er det få selskaper som ønsker å organisere seg slik. De fleste selskaper ønsker å fortsette hver enkelt forretningsdrift gjennom separate datterselskap i medlemsstaten hvor forretningsdriften foregår.

6.7.4.4 Tolkningen av artikkel 2c

Ved gjennomgangen av artikkel 2c, er det naturlig å ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen;

”Transfer of assets”

Overføring av eiendeler innebærer i motsetning til ved fusjon og fisjon en individuell overføring. Det er tilstrekkelig at en virksomhetsdel overføres, mens overføringen ved fusjon gjelder alle aktiva og passiva, og alltid og nødvendigvis henger sammen i sin helhet. Ved fusjon eller fisjon skjer det altså en fullstendig universalsuksesjon, mens det ved overføring av eiendeler bare skjer for en del av virksomheten.

“transfer of securities”

Begrepet ”securities” er noe misledende. Det er generelt akseptert at begrepet bør tolkes slik at det bare henviser til aksjer, slik at det korrekte må være ”transfer of shares”.¹⁰⁹ Forutsatt at selskapsretten i det mottakende selskaps hjemstat tillater et selskap å eie egne aksjer, kan en overførsel skje, i og med at det er det mottakende selskap og ikke dets aksjonærer som deler ut aksjene.

Art 2(c) benytter i motsetning til litra (a), (b) og (d) begrepet ”transfer” i stedet for ”issue”. Begge begreper sikter imidlertid til en utstedelse av aksjer fra det mottakende selskap. Formålet er å øke kapitalen i det mottakende selskap, etterfulgt av en utstedelse av nye aksjer.¹¹⁰

¹⁰⁹ Otmar Thömmes, ECCTL, Commentary on article 2.

¹¹⁰ Clayton, International Tax Review, des. 1990/januar 1991 s. 38

Både de tyske og de britiske implementeringsbestemmelsene legger opp til at det kreves en nyutstedelse av aksjer.¹¹¹ Dette kravet er øvrig i orden ved fusjoner og fisjoner etter hhv art 2 litra (a) og (b), men fremgår ikke av litra (c). Dette vil derfor medføre en strengere fortolkning av bestemmelsen enn direktivet legger opp til, og bør ikke godtas. Spørsmålet har meg bekjent ikke vært oppe for EF-domstolen.

Kontantvederlag

Det er ikke tillatt med kontantbetaling ved overføring av eiendeler. Det følger av en kontekstuell, antitetisk tolkning av ordlyden i art 2(c) ift de øvrige transaksjonsformer. Enhver kontantutbetaling vil derfor utsette hele transaksjonen for beskatning.

Begrunnelsen må etter min oppfatning være at det for de andre situasjonene særlig er hensynet til minoritetsaksjonærer og å få bytteforholdet til å gå opp som er det sentrale. Ved overføring av eiendeler er det det overførende selskap som er mottaker av aksjene, og noe behov for kontantvederlag er det derfor ikke. Lovgivningsteknikken må tolkes som at direktivet er et unntak fra hovedregelen om at ingenting er tillatt om det ikke fremgår eksplisitt, og ethvert unntak må begrunnes.

Forsøk på omgåelse

Man kan hente eksempler på at forbudet mot kontantbetaling har blitt søkt omgått fra dansk rett;

Lån for kontantbetaling

I Andersen og Jensen-saken¹¹² ville et dansk selskap overføre virksomheten til et nystiftet selskap. I den forbindelse ble det tatt opp et lån, men bare forpliktelsene ble overført til det nystiftede selskapet, noe som innebar at lånebeløpet ble overført til det overdragende selskap. Transaksjonen ble på denne måten gjennomført som en

¹¹¹ TCGA 140A(1)(b) ”..wholly in exchange for securities issued by..” og UmwStg § 23 første ledd, første pkt “neue Anteile”.

¹¹² C-43/00, *Andersen & Jensen*, dom av 15. jan 2002

overføring av eiendeler, men aksjene som ble utstedt i det nye selskapet ble basert på de overførte eiendeler fratrukket gjeldsforpliktelsen. Således ble deler av transaksjonen erlagt med lånet, og det oppsto spørsmål om dette var i strid med artikkel 2c.

EF-domstolen konstaterte i dom av 15. jan 2002 at overføringen ikke var i overensstemmelse med Fusjonsbeskatningsdirektivet. For at overføringen skal omfattes, må aktiva og passiva overføres samlet, ikke bare forpliktelser/passiva. Videre konstaterte domstolen at det samme hadde blitt resultatet dersom det mottakende selskapet hadde tatt over lånet og siden kjøpt det overdragende selskaps aktiva for egne aksjer og lånekapitalen. En slik konstruksjon ville bare vært en formell omgåelse av de konkrete forhold, med samme faktiske resultat. Den underliggende begrunnelsen ville i begge tilfelle være at virksomhetsoverdragelsen ville skje mot kontant betaling (lånet), og da vil det ikke foreligge noen overføring av eiendeler i direktivets forstand.

Tilbakesalg

Videre har man forsøkt seg med transaksjoner der det overførende selskap tilbakeselger vederlagsaksjer til det mottakende selskap mot kontantvederlag¹¹³. (Det forutsetter at selskapet har rett til å eie egne aksjer). Dette har ikke vært godtatt, i tråd med møtereferatene fra forhandlingene mellom Rådet og Kommisjonen ved vedtakelsen av direktivet.

Vederlag skjult i utbytte

En annen fremgangsmåte som har vært forsøkt, er å organisere det slik at det mottakende selskap først gir et lavt vederlag for de mottatte eiendeler, for deretter å foreta en ekstraordinær utbytteutbetaling til det overførende selskap året etter transaksjonen.¹¹⁴ Det kan ikke fastslås bestemt at dette er et kontantvederlag i strid med direktivet, da selskapet etter selskapsrettslige regler selv kan avgjøre utbytteutbetaling innenfor de grenser loven setter. Man må etter dette vurdere om selve formålet eller

¹¹³ Dansk rett; TfS 2000. 568 LR

¹¹⁴ Jf TfS 2001. 747 TSS og TfS 2001.748 TSS.

hovedformålet med akkurat denne utbytteutbetalingen er motivert av skatteunngåelsesgrunner, jf artikkel 11. I de refererte saker ble det foretatt en konkret vurdering av dette spørsmålet og det ble funnet at så var tilfelle. Den danske domstol la vekt på at det mottakende selskap var stiftet i forbindelse med transaksjonen, og til betydelig overkurs. Overkursen åpnet for en betydelig større utbytteutdeling enn det som ville være tilfelle om de var utstedt pro rata.¹¹⁵ Dessuten var det et betydelig misforhold mellom overskudd og størrelsen på utbytteutbetalingen. Kapitalnedsettelsen måtte anses som et kontantvederlag i forbindelse med gjennomføringen av den skattefrie overføring av eiendeler.

”..all or one or more branches of activity”

Bestemmelsen legger opp til at det som skal overføres må utgjøre alle eller en eller flere ”branches of activity”. Den danske versjonen oversetter begrepet med ”virksomhetsgren”. På norsk burde ”virksomhetsdel” være en passende beskrivelse.

Dette gir anvisning på at de overførte aktiva og passiva skal være tilknyttet en eller flere selvstendige virksomhetsdeler.

Poenget er at når delen skilles ut av selskapet og overføres til et fast driftssted¹¹⁶, skal det også etter overførselen kunne generere inntekter som sikrer skattefundamenter i det overførende selskaps hjemstat.

Dette reiser flere problemstillinger;

Definisjonen av ”branch of activity” – virksomhetsdel

For det første må ”branch of activity” defineres. Direktivet har i artikkel 2(i) inntatt en definisjon; de overførte aktiva og passiva skal være tilstrekkelig for å danne en uavhengig enhet som har evne til å fungere vha egne midler.

¹¹⁵ Poenget er at det er begrensninger for hva som kan deles ut av aksjekapitalen, mens overkursen vil inngå i den frie egenkapital..

¹¹⁶ art4.

Enhetskravet

Andre pkt benytter begrepet enhet¹¹⁷ som vurderingsgrunnlag for om det kan fungere vha egne midler. Dette er noe misledende ettersom det ikke kreves at det foreligger en separat juridisk enhet. Den riktige tolkning av dette begrepet må være at det bare henviser til ”independent business” i første pkt.

Begrepet har en sterk parallell til det tyske domstolsskapte vilkåret ”Teilbetrieb” – delbedrift - og det er interessant å sammenlikne med dette. ”Teilbetrieb” oppstiller også krav om at virksomhetsdelen skal kunne fungere uavhengig av den øvrige del av den samlede virksomhet, dvs med egne kunder og uavhengig ledelse og regnskaper. Den interne fortolkningen i Tyskland legger også opp til at virksomhetsdelen organisasjonsmessig har vært en selvstendig enhet i det overførende selskap. Noe slikt kreves ikke etter direktivet. En virksomhetsdel i direktivets forstand kan være en fabrikk, med alt det utstyr som kreves for produksjon. Det er imidlertid viktig å påse at passiva som er tilknyttet realkapital og kundefordringer som stammer herfra også overføres.

I tolkningen av den danske implementeringslovgivningen av direktivet¹¹⁸, har man lagt til grunn at en andel av et sameie eller kommandittselskap ikke er en virksomhetsdel. Hvis man skyter inn en slik andel, fisjonerer man ut et sameie i ideelle andeler, og en slik andel vil ikke kvalifisere som en virksomhet eller enda mindre, en del av den.¹¹⁹

Fungere vha egne midler

Kravet til at et selskap skal fungere vha egne midler er meget upresist og legger svake føringer på hvor strengt dette kravet skal tolkes i praksis. I stor grad er det derfor opp til statene å bestemme hvilke kriterier man i praksis skal legge til grunn, og avvikende

¹¹⁷ ”entity”

¹¹⁸ FUSL § 15c, stk 2

¹¹⁹ TfS 1995, s 813, *Alex Dalgaard*.

fortolkning kan føre til sterk forskjellsbehandling medlemsstatene i mellom. Avgjørelsen i Andersen & Jensen-dommen har hjulpet noe på å gi en klarere ramme.

De overførte eiendeler

Som nevnt, oppstilte domstolen i Andersen & Jensen et krav om sammenheng mellom aktiva og passiva fra det overførende selskap. Dersom et selskap fritt kunne overføre aktiva og passiva etter eget ønske, ville det gi åpenbare tilpasningsmuligheter og svekket vern for tredjeparter.

Det oppstilles imidlertid ikke noe krav om at aktiva og passiva skal være like store. En virksomhetsdel kan med gode kommersielle grunner midlertidig ha en stor mengde passiva.

Direktivet må tolkes slik at aktiva og passiva må tilhøre den virksomhetsdel som overføres.¹²⁰ Dersom et aktivum deles med en annen virksomhetsdel, kan det oppstå spørsmål om, i hvilken grad og med hvilke rettigheter og forpliktelser det bør bli inkludert i overføringen. Et typisk eksempel er ett varemerke som er tilknyttet flere virksomhetsdeler. Vurderingen må være konkret, men det klare utgangspunkt må være at overføring av fullt eierskap ikke kan legges til grunn.

Aktiva og passiva må ikke være plassert i samme stat som virksomhetsdelen for at det skal anses å tilhøre denne. I følge ordlyden må poenget være den organisasjonsmessige tilknytning aktivumet eller passivumet har til virksomhetsdelen, dvs om det er knyttet til driften og genererer inntekter til denne virksomhetsdel.

Når det gjelder hvilke typer av aktiva og passiva som kan anses å innebære ”eiendeler”, gir ikke direktivet noen klar anvisning. Sentralt må være begrepene ”selvstendig” og ”virksomhet”. I Danmark har man nektet skattelempe etter direktivet der bare aksjer er overført.¹²¹

¹²⁰ ”assets and liabilities of a company”

¹²¹ Ligningsrådets avgjørelse 21.mars 2000

Vurderingsmetoden

Et sekundært spørsmål som ble reist i Andersen & Jensen, var om man kunne anse det for å foreligge en virksomhetsoverdragelse når det nye selskap var avhengig av en driftskreditt for å oppfylle kravet om en selvstendig enhet. Domstolen slo fast at begrepet virksomhetsgren først skal tolkes ut fra en funksjonell, deretter en økonomisk synsvinkel, jf art 2, litra i.

Kravet til funksjonalitet må innebære at den oppfyller de normale krav til selskapsdannelse, arbeidskraft, kapital osv. som trengs for at en bedrift skal fungere. Avgjørelsen skal være objektiv og ikke bero på skattemyndighetenes mer subjektive vurderinger.¹²²

Den funksjonelle vurderingen skal gjøres ut fra de gjeldende organisasjonsmessige forhold. Det er ikke avgjørende hvordan den virksomhet som utskilles var organisert i det overførende selskap, men om den er egnet til å fungere vha egne midler etter overførselen. Ordlyden kan således virke noe misledende. Skulle man legge til grunn organisasjonsmessige forhold før overføringen, ville man få den konsekvens at ulik organisering før transaksjonen ville behandles ulikt. Det er åpenbart ikke meningen, og ville være i strid med direktivets intensjoner.

Med denne tolkningsmetoden til grunn, fant domstolen i Andersen & Jensen at en virksomhetsgren kan anses overdratt dersom det er sannsynlighetsovervekt for at det kan overleve på egen hånd uten driftskreditten. Det skal imidlertid bemerkes at domstolen gir uttrykk for at selskapet kan anses å fungere vha egne midler, selv om morselskapet stiller kausjon for det, så lenge det skjer på normale, markedsmessige vilkår. Etter avsigelsen av dommen har man også lagt til grunn at en kausjon kan videreføres med en usikret kreditt, så lenge det fastslås at selskapet kan fungere vha egne midler.

Den økonomiske vurderingen må etter dette bero på de særlige omstendigheter i hvert enkelt tilfelle, og man må vurdere virksomhetsdelens (filialen) finansielle situasjon som

¹²² Tfs 2000 s 274 T&S

helhet. Det må være sannsynlighetsovervekt for at selskapet ikke vil kunne fungere ved hjelp av egne midler, om skattelempe ikke skal innvilges. Når dette er sagt, må det være tillatt å nekte transaksjonen dersom det fremstår som sannsynlig at de forventede inntekter kommer til å være utilstrekkelige til å dekke forpliktelser overfor kreditorer og offentlige myndigheter.

Det påpekes at denne vurderingen skjer uavhengig av omgåelsesregelen i artikkel 11, selv om også denne kan medføre diskvalifikasjon.

I Danmark har man tradisjonelt tolket evnen til å fungere vha egne midler strengt og lite fleksibelt. Blant vilkår som har vært oppstilt, har vært at selskapet må kunne tåle en nedgang i konjunktorene¹²³ og at det kan stilles krav om at aktiva og passiva som overføres skal kunne avgrenses emnemessig (forretningsområde) eller geografisk.¹²⁴ Det følger videre at goodwill skal verdivurderes til omsetningsverdi¹²⁵, at selskapet skal ha full dekning for utsatt beskatning¹²⁶ og at lån som tilligger de overførte aktiva og passiva skal videreføres og kunne håndteres på virksomhetsdelens hender¹²⁷.

Det kan debatteres hvorvidt en virksomhetsdel aktivt må drive virksomhet for å anses å ”fungere”. Bestemmelsen selv henviser til ”activity”, og ser man hen til preambelets femte betraktning, er målet at selskaper¹²⁸ skal kunne øke sin produktivitet og forbedre sin konkurranseevne.¹²⁹ Alt dette gir anvisning på at det ikke kan være totalt passivt.

Opprettelse av holdingselskap

For det andre oppstår det under ”one or more branches of activity” spørsmål om selskapet kan overføre alle sine aktiva og passiva stykkevis til ett selskap, og dermed bli et holdingsselskap.

¹²³ TfS 1996 s 668 LR

¹²⁴ TfS 1996 s 899 Skd

¹²⁵ TfS 1993 s 279 LR

¹²⁶ TfS 1995 s 152 LR

¹²⁷ TfS 1996 s 821 LR

¹²⁸ ”enterprise” jf preambelets femte ledd.

¹²⁹ ”increase” og ”improve”, jf preambelets femte ledd.

Ordlyden

Direktivet stiller ikke opp noe krav om at det mottakende selskap må ha eksistert før overførselen, og det åpnes for at alle virksomhetsdelene kan overføres.¹³⁰ Således kan de overførte aktiva etter ordlyden utgjøre kapitalen i det mottakende nye selskap og det overførende selskap blir sittende med holdingfunksjoner.

Formål

Formålet med direktivet er å sikre større effektivitet¹³¹ for selskaper, jf over. Således kan man si at ren passiv virksomhet ikke er tiltenkt noen fordeler etter direktivet. Når all aktiv drift i et selskap går over til et annet selskap og det overførende selskap blir sittende igjen som et holdingsselskap, kan man med tyngde hevde at selskapet er blitt passivt. Støtte for dette synet kan også hentes i artikkel 11, som indikerer at direktivet skal benyttes for å restrukturere og rasjonalisere aktivitetene i de deltakende selskaper. Noe annet kan betraktes som skatteunngåelse eller skatteflukt og vil diskvalifisere direktivets skattelempe.

Det er dermed åpnet for en åpenbar inkonsekvens ift formålet når art 2c åpner for at virksomheten med skattemessig kontinuitet kan bli rent passivt. Poenget man imidlertid bør trekke av dette er at man har tatt i betraktning at mange av transaksjonene gjennomføres i konsernforhold, og at lovgiver skal utvise nøytralitet i forhold til den valgte organisasjonsstruktur. Det bør derfor også være mulig at alle virksomhetsdeler kan overføres¹³². På den annen side er det et moment for at det ikke foreligger kommersielle grunner etter artikkel 11 at selskapet blir rent passivt, og medlemsstatene må foreta en bred vurdering av det enkelte tilfelle.

¹³⁰ “all or one or more branches of its activity”

¹³¹ preambelelets femte ledd.

¹³² jf også Otmar Thömmes, ECCTL, Commentary on article 2, pkt 43.

Forholdet til SE-forordningen

Etter SE-forordningen gis to selskaper mulighet til å opprette ett felles datterselskap.¹³³ I ytterste konsekvens kan det medføre at man blir sittende med to holdingselskaper som eier aksjer i det felles datterselskap. Man kan dermed i det minste slår fast at rettsutviklingen går i retning av at omdannelse med holdingselskap som resultat betraktes som et godkjent kommersielt hensyn.

Forholdet mellom "Branch of activity" og "Permanent Establishment".

For det tredje er det nødvendig å klargjøre forholdet mellom virksomhetsdel og fast driftssted. Om man kommer til at det foreligger en virksomhetsdel etter art 2c, blir spørsmålet om dette er tilstrekkelig til å oppfylle kravet til fast driftssted i artikkel 4. Dersom det ikke er det, vil virksomhetsdelen måtte overføres til et annet fast driftssted eller inkorporeres i et datterselskap dersom det åpnes for dette.

Generelt bør man kunne legge til grunn at kravet til virksomhetsdel er noe strengere enn de motsvarende til fast driftssted. Foreligger det først en virksomhetsdel før overførselen, vil derfor kravet til fast driftssted som hovedregel være oppfylt. Man skal ha i mente at fraværet av en egen definisjon av fast driftssted i direktivet åpner for at man må gå nasjonal rett og bilaterale skatteavtaler nærmere i sømmene.¹³⁴ Bilaterale skatteavtaler kan inneholde et strengere krav til fast driftssted enn det som følger av OECDs mønsteravtale art 5. Det bærende hensyn bak både reglene om virksomhetsdel og fast driftssted er en fornuftig og rettferdig fordeling av skatteinntekter. Begge regelsett legger opp til at beskatning skal skje der virksomheten hovedsakelig genererer sine inntekter. Dette felles vurderingsgrunnlag vil medføre at tvilsomme situasjoner blir vurdert noenlunde likt.

¹³³ Jf art 35 flg

¹³⁴ det forelå en slik definisjon i 1969-forslaget, men dette ble tatt ut, i særdeleshet grunnet OECDs utvikling.

6.7.4.5 Verdifastsettelse av overførte eiendeler og vederlagsaksjer

Som nevnt tidligere, behandler ikke den endelige versjonen av direktivet verdivurdering av aksjene som mottas av det overførende selskap, i motsetning til utkastets art 10(3), som inntok en bestemmelse som ga det overførende selskap rett til å fastsette aksjene til markedsverdi uten å medføre beskatning¹³⁵.

Jeg viser til behandlingen av verdifastsettelse ved fusjon

6.7.4.6 Overføring av eiendeler som alternativ til fisjon

Pga den manglende underliggende felles selskapsrett, er muligheten for fisjon svært begrenset. Overføring av eiendeler benyttes derfor i stor grad som et alternativ.

Dersom for eksempel et selskap ønsker å fisjonere ut en del av driften som befinner seg i et annet land, kan det skille ut denne virksomhetsdelen ved en overføring av eiendeler, opprette et datterselskap etter reglene i landet hvor virksomheten befinner seg, og la dette overta virksomhetsdelen eller inkorporere den i dette selskapet¹³⁶. Det overførende selskap får vederlagsaksjer i det mottakende selskap. Da unngår man likvidasjonsbeskatning som ellers ville inntre ved fisjonen.¹³⁷

Som konsekvens av den flytende overgangen mellom fisjon og overføring av eiendeler etter direktivet, har man i dansk rett inntatt muligheten for uekte fisjon, såkalt Spin-off, dvs at det overførende/innskytende selskap ikke opphører ved fisjonen, men blir gjenstående som et restselskap, med hjemmel i artikkel 2c.¹³⁸

¹³⁵ Com 69, 5

¹³⁶ Om medlemsstaten godtar inkorporering av virksomhetsdel.

¹³⁷ Pga rettsstillingen etter *Daily-Mail* og den manglende implementering av direktivet.

¹³⁸ FUSL § 15a stk 2

6.7.4.7 Overføring av eiendeler som alternativ til fusjon.

Overføring av eiendeler kan også benyttes som alternativ til fusjon. Det overdragende selskap oppløses ikke etter overdragelsen, men blir sittende som aksjonær i det mottakende selskap. Dette innebærer en klar forskjell til fusjonsinstituttet. Aksjonærene i det overdragende selskap blir bare indirekte aksjonærer i det mottakende selskap. Dersom man ønsker mer direkte eierskap, kan man velge å likvidere det overførende selskap, med utdeling av selskapets verdier, aksjene, til dets eiere. Denne transaksjonen er imidlertid skattepliktig.

6.7.5 Aksjebytte

6.7.5.1 Innledning

Aksjebytte etter direktivet gjennomføres ved at det overtakende selskap tilbyr aksjer i eget selskap mot aksjer i det overtatte selskap. De involverte parter er således det overtakende selskap¹³⁹ og det overtatte selskaps aksjonærer¹⁴⁰. Det overtatte selskap fortsetter som selvstendig juridisk enhet etter aksjebytte, og blir således et datterselskap av det overtakende selskap. Det innebærer også at det ikke skjer noen overdragelse av aktiva og passiva. Dermed berøres ikke det overtatte selskap som sådan av transaksjonen. Overtakelse ved aksjebytte skjer når det overtakende selskap overtar stemmeflertallet¹⁴¹ i det overtatte selskap, ikke aksjemajoriteten.

Aksjebytte kan initieres enten ved forhandlinger med noen store aksjonærer eller majoritetsaksjonærer i et selskap, eller ved kjøp i markedet dersom det aktuelle selskap er børsnotert.

¹³⁹ Iht C-28/95, *Leur-Bloem*, kan det ikke oppstilles krav om at det ervervende selskap skal utøve næringsvirksomhet.

¹⁴⁰ Strengt tatt berøres også aksjonærene i det overtatte selskap idet det skjer et tingsinnskudd, men det er ikke ansett tilstrekkelig til at artiklene 4-7 skal komme til anvendelse. Det er derfor kun artikkel 8 som får betydning.

¹⁴¹ Etter selskapets vedtekter og gjeldende lovgivning i det overtatte selskaps hjemland. I England har man tidligere lagt aksjeflertallet til grunn som kvalifiserende faktor.

6.7.5.2 Ervervelse av stemmeflertall

Direktivet legger opp til at den kvalifiserende transaksjon er ervervelsen av stemmeflertallet. Dette reiser flere spørsmål; Både preliminære erverv av aksjer som gir stemmerett og etterfølgende erverv – etter at stemmeflertall er nådd – kan være gjenstand for debatt etter direktivets ordlyd. Det er vanskelig å oppstille noen klar regel. Transaksjonene må vurderes konkret, men i sammenheng. Har det overtakende selskap utstedt et overtakelsestilbud til aksjonærene, må man godta at selve overtakelsestiden vil kunne strekke ut. Om første erverv etter tilbudet skjer etter noen dager, mens de siste blir gjennomført måneder senere, kan ikke dette ha avgjørende betydning. Det interessante må være om overtakelsen skjer som et ledd i, og en følge av, tilbudet. Har derimot selskapet på eget initiativ over lengre tid opptrådt som kjøper i markedet, for å posisjonere seg, vil det ha presumsjonen mot seg at disse transaksjonene skal gi rett til skattemessig kontinuitet for selger¹⁴². Dansk rett oppstiller et 6-månederskrav for gjennomføring av salget fra første ombytningsdag, men det er tvilsomt om dette kan anses å være i overensstemmelse med direktivet.

I SOU 1998:1, s 196-197 legger man til grunn at vilkåret for skattelempe er oppfylt i følgende tilfelle;

For det første der det overtakende selskap ikke har noen andeler tidligere dersom 51% av stemmeberettigede aksjer overdras.

For det andre der 36% av stemmeberettigede aksjer overdras der det overtakende selskap allerede har 51% av aksjene.

For det tredje der 36% av stemmeberettigede aksjer overdras der det overtakende selskap allerede har 15% av de stemmeberettigede aksjer.

For det fjerde der 36% av stemmeberettigede aksjer overdras, selv om det overtakende selskap ikke har 15% av aksjene, men erverver dette i løpet av samme kalenderår.

¹⁴² kontinuitet for selger vil innebære at han ikke beskattes for transaksjonen, men at hans skattemessige verdier overføres på de mottatte vederlagsaksjer.

Av dette kan man slutte at svensk rett legger opp til at man må se transaksjonene i sammenheng. Svensk rett gir også skattelempe for de tilfelle der man allerede har stemmeflertall, noe man må tolke som at sterkere kontroll gir et sterkere incitament for økt konkurranseevne. Siste alternativ kan tolkes som om man legger opp til at transaksjonene bør skje i løpet av ett kalenderår. Hvorvidt man kan lese et slikt krav ut av direktivet er uklart, men den generelle henvisningen til ”stemmeflertall” bør gi medlemsstatene en viss frihet i denne sammenheng.

6.7.5.3 Kontantvederlag

Inntil 10%¹⁴³ av vederlagsaksjenes pålydende kan være kontanter. Det gis ikke skattelempe for kontantvederlaget.¹⁴⁴

6.7.5.4 Vurdering av vederlagsaksjene

Det er heller ikke ved aksjebytte bestemmelser i direktivet om verdivurdering av de overtatte aksjer. For å unngå dobbeltbeskatning, er det hensiktsmessig at de mottatte aksjer verdsettes til markedsverdi. I Danmark har man lagt dette prinsippet til grunn i rettspraksis.¹⁴⁵

I Tyskland benytter man et litt annet prinsipp, kalt *Buchwertverknüpfung*¹⁴⁶ - tilknytning til bokført verdi. Det tyske systemet knytter altså verdifastsettelsen av aksjer som mottas av aksjonærer i det overtatte selskap til bokført verdi av aksjene i det overtakende selskap. For at dette skal gå opp, må det overtakende selskap bokføre de overtatte aksjer

¹⁴³ I England og Danmark har man ingen kontantbegrensning på vederlaget.

¹⁴⁴ jf kontantvederlag ved fusjon.

¹⁴⁵ Tfs 1994.533. Retten til verdsettelse til markedsverdi er underlagt eiertidskrav på 3 år fra fusjonstidspunktet, slik at man ikke kan selge aksjene umiddelbart. Det er interessant å merke seg at man ikke har gjort det samme for overføring av eiendeler, fusjon eller fisjon. Her fordobles den latente skattebyrde, og medfører dobbeltbeskatning.

¹⁴⁶ UmwStG (UmwandlungSteuerGesetz) § 20(4) 1. setning. For drøftelsen; Grotherr; ”*Begünstigende und steuerverschärfende Änderungen im UmwStG durch das Standortsicherungsgesetz*”, ”Der Betrieb”, 1993 s 807 og 809.

til bokført verdi i det overtatte selskap. Per tid kan det by på problemer ettersom det overtakende selskap, beliggende i et annet land, ofte benytter ikke-korresponderende bokføringsregler. Sannsynligheten for dobbeltbeskatning er stor, da skjulte verdier i så tilfelle vil fremkomme til beskatning både hos det overtatte selskaps aksjonær(er) og i det overtakende selskap. Aksjonæren er fratatt kontroll for verdivurdering av aksjene. Skulle det overtakende selskap verdifastsette det annerledes, ville det oppstå beskatning. Det bør være unødvendig å måtte kontraktsregulere dette.

Det er imidlertid etter tysk rett adgang til oppskrivning av kapitalgevinster dersom aksjonæren i det overtatte selskap beholder aksjene i 7 år. Således vil ikke skjulte verdier beskattes på dennes hånd, og dobbeltbeskatning kan unngås. Det er imidlertid et eget spørsmål om syvårskravet er overensstemmende med direktivet, jf artikkel 11. Utviklingen i EU-landenes regnskapslovgivning går i retning av felles regnskapsregler, og dette kan føre til at dobbeltbeskatning her unngås.

6.7.5.5 Krav om positiv verdi?

Et vilkår som må innfortolkes for at aksjebytte kan gjennomføres, er at aksjene som overtas har en positiv verdi. Hvis dette ikke er tilfelle vil det være tvilsomt om det foreligger tilstrekkelige rasjonaliserings- og effektiviseringseffekter til at transaksjonen kan kvalifisere. Spørsmålet blir om det er den bokførte verdi eller reell egenkapital som skal legges til grunn. Selv om et selskap har negativ bokført egenkapital kan det være betydelige verdier i selskapet som ikke kan bokføres, f.eks fordi det ikke er adgang til oppskrivning. Dette er det tatt hensyn til i en avgjørelse fra det danske Skatteministeriet, SKM 2002.514 TSS. Her fremgikk det at det på tross av den negative egenkapital var opparbeidet en betydelig goodwill, som ikke var bokført. Det overtakende selskap (B) var den tidligere største aksjonær, et utenlandsk selskap, som ønsket å erverve resten av aksjene (i A). Like etter transaksjonen ble det overtakende selskap ervervet av et annet dansk selskap (C) ved aksjebytte.

Det danske Skatteministeriet la vekt på at transaksjonene sett i sammenheng var et ønske fra det overtakende danske selskap om å oppnå synergieffekter ved å etablere seg i markedet det overtatte selskap med negativ egenkapital opererte i, på basis av den goodwill de hadde opparbeidet seg. I forhold til artikkel 2d, må man derfor foreta en

helhetsvurdering av aksjeverdien og ikke basere seg rent på verdien av egenkapitalen. I henhold til artikkel 11, må man vurdere om det foreligger tilstrekkelige kommersielle grunner for å gjennomføre transaksjoner, jf art 11 første ledd a).

Det avgjørende må etter dette være om den reelle egenkapitalen, dvs virkelig verdi, er negativ eller positiv.

6.7.6 Andre definisjoner

De gjenstående definisjonene i litra (e-i) refererer til de operasjoner som fremkommer i artikkel 1, og som er forklart i artikkel 2a-d. I den utstrekning det er nødvendig, er de forklart i forbindelse med de kvalifiserende transaksjoner.

6.8 Artikkel 11; Den generelle misbruksbestemmelse – diskvalifikasjon ved skattemotiverte transaksjoner

6.8.1 Generelt

Selv om selskapet kvalifiserer og transaksjonen faller innenfor anvendelsesområdet, har direktivet inntatt en egen misbruksbestemmelse som kan medføre at transaksjonen likevel er diskvalifisert for skattelempe.

6.8.2 Oppbygningen av bestemmelsen

Artikkel 11 er Fusjonsbeskatningsdirektivets generelle misbruksregel. Dette er direktivets bakerste mann, som fanger opp de tilfellene der hensynet til det overførende selskaps hjemstats fiskale interesser ellers ikke kan ivaretas godt nok, der omorganiseringen bærer preg av unngåelse eller omgåelse. Noen tilsvarende bestemmelse fantes ikke i det opprinnelige forslaget, og man kan med tyngde

argumentere for at Kommisjonens forslag¹⁴⁷ innebar et så betydelig kompromiss at det gjorde direktivet spiselig nok for skeptikerne¹⁴⁸ til at det kunne gjennomføres.

Fusjonsbeskatningsdirektivets art 11 opererer med presumsjoner for når skatteunngåelse anses å foreligge. Den viktigste er at skatteflukt vil foreligge der det ikke eksisterer tilstrekkelige kommersielle grunner. En slik regel tar form av en generalklausul, og vil uten nærmere domstolspraksis gi mindre forutsigbarhet for skattyterne, i dette tilfelle de selskaper som er involvert i transaksjoner som i utgangspunktet kvalifiserer for skattelempe.

6.8.3 Medlemsstatenes myndighet

Første ledd legger opp til at medlemsstatene kan iverksette tiltak både før omorganiseringen finner sted, ved å nekte anvendelsen av direktivets regler, og også gi en nektelse tilbakevirkende kraft dersom de videre vilkår er oppfylt. Medlemsstatene har myndighet til å avgjøre hvilke vilkår som må være oppfylt på forhånd¹⁴⁹, og for hvorvidt man vil trekke tilbake de fordeler som direktivet gir.

6.8.4 Hovedvilkåret; diskvalifikasjon ved skatteflukt eller -unngåelse

Første ledd litra a) benevnes som en generell misbruksregel, retter seg mot motivene for transaksjonen og gir grunnlag for å nekte anvendelse av direktivet eller tilbaketrekning av innvilgede fordeler dersom omorganiseringen (en av de kvalifiserende former) har som hovedformål, eller ett av sine hovedsaklige formål, å oppnå skatteflukt eller skatteunngåelse.

Alternativet gir også anvisning på en presumpsjon¹⁵⁰ for når en situasjon av slik art kan anses å foreligge; der en av de kvalifiserende transaksjoner ikke gjennomføres av

¹⁴⁷ Jf kommuniqué fra Kommisjonen til Rådet i 1980; "Brüssels 29. April, 1980 COM (80) 203 Final".

¹⁴⁸ I særdeleshet Tyskland og Nederland. Begge land fryktet utflytting av morselskaper. For Nederland var det deres strenge utbytteregele som ledet til bekymring, for Tysklands del, arbeidsdeltakelsesreglene.

¹⁴⁹ jf "where it appears"

¹⁵⁰ Rettskildemessig innebærer dette at selskapet må bevise sin uskyld, dvs at hovedformålet eller et av de hovedsaklige formål ikke er skatteunngåelse uten at medlemsstaten må ha funnet tegn til dette.

kommersielle grunner så som restrukturering og rasjonalisering av aktivitetene hos de involverte parter.

Dette litra er utformet for å gi medlemsstatene en grad av frihet til selv å bestemme i hvilken utstrekning man skal la direktivet komme til anvendelse på transaksjoner som dekkes av direktivet.

Skatteflukt er et så vidt omfattende skritt å ta for en bedrift at det sjelden er motiverende for restruktureringsplaner. Skatteunngåelse derimot, er svært aktuelt og nødvendig å identifisere bruken av. Ved denne kontrollen støter man imidlertid på flere vanskelige avgrensingsproblemer. Sentralt er grensen mellom ulovlig skatteplanlegging og lovlig skattetilpasning. Ved tolkningen av direktivets skatteunngåelsesbegrep, må man legge til grunn som et hovedmoment at selskapet fullt ut må ønske å unngå beskatning¹⁵¹. Artikkel 11 sier selv at dersom det mangler kommersielle grunner, vil man se det slik at selskapet fullt ut ønsker å unngå beskatning. Hvor den nedre grense går for kommersielle grunner, er vanskelig å lese ut av direktivets ordlyd. Én tolkning er at det bare foreligger skatteunngåelse dersom det ikke foreligger én eneste kommersiell grunn. På den annen side kan man nok ikke utelukke at selv om det foreligger kommersielle grunner, kan disse være av en mer beskjeden art i forhold til en konstatert intensjon om å unngå beskatning. Den riktige tolkning av bestemmelsen må bero på en helhetlig individuell tolkning av de aktuelle forhold, hvor man må vurdere om hovedformålet eller et av de hovedsaklige formål er å unngå skatt. Antallet kommersielle grunner blir således bare en hjelpefaktor.¹⁵²

6.8.5 Utvidende tolkning av artikkel 11(1)a.

Artikkel 11 første ledd er tolket vesentlig utvidende i én relasjon¹⁵³, i de tilfelle et aksjebytte eller en overføring av eiendeler etterfølges av et påfølgende gjensalg av aktiva eller aksjer, presumeres det også her at operasjonen har blitt gjennomført av skatteunngåelsesgrunner. Bakgrunnen for dette er at realisasjon ved salg er skattepliktig

¹⁵¹ Jf begrepet "objective"

¹⁵² se for øvrig Terra, Wattel, *"European Tax Law"* third edition 2001, Kluwer law International. S. 56

¹⁵³ Det følger av møtereferater fra forhandlinger mellom Kommisjonen og Rådet .

som gevinst for differansen mellom inngangsverdier og utgangsverdier. Dersom medlemsstatene har implementert direktivet slik Kommisjonen og Det europeiske råd ønsket det, kan man ved aksjebytte og overføring av eiendeler få en situasjon der de mottatte vederlagsaksjer kan oppskrives til markedsverdi¹⁵⁴ og dermed redusere gevinsten betraktelig. I de land som har gjennomført direktivet på denne måten eller etter reglene om ”participation exemption”, har man samtidig oppstilt klausuler om at man må eie de mottatte vederlagsaksjer i et visst antall år, for ikke å miste oppskrivningsretten ved en etterfølgende avhendelse. I mange tilfelle vil dette være bedrifts- og samfunnsøkonomisk uheldig og i strid med intensjonene bak opprettelsen av det indre marked. Kommisjonen og Rådet har derfor heller valgt den innfallsvinkel at man ikke bør oppstille en slik generell ”holdingregel”, men at man heller skal betrakte det i lys av misbruksregelen i artikkel 11. Hva som ligger i ”etterfølgende gjensalg” er noe vanskelig å fastsette konkret, og må nok vurderes i det enkelte tilfelle.

Presumsjonen har også en side mot OECDs mønsteravtales art 13 (4). Det overførende selskaps hjemstat vil etter denne bestemmelsen miste enhver rett til å skattlegge de overførte aksjer, og aksjonærer hjemmehørende i stater som ikke beskatter kapitalgevinster på bruk av aksjer vil ha et incentiv til å overføre aksjene til bokført verdi til et datterselskap hjemmehørende i en jurisdiksjon som unntar gevinster på aksjer og endelig realisere gevinstene skattefritt ved å selge dem videre. Denne situasjonen ville nok uansett manglet kommersielle grunner, og skatteunngåelse ville være lett påviselig.

6.8.6 Medarbeiderspørsmål

Art 11(1)b og 11(2) har inntatt regler om forholdet til arbeidstakerrepresentasjon ved grenseoverskridende omorganiseringer. Artikkel 11(1) b) oppstiller en presumsjon for diskvalifikasjon dersom arbeidstakernes innflytelse på den daglige drift forringes. Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 11 første ledd første setning, som gjør diskvalifikasjonsmuligheten frivillig for medlemsstatene.¹⁵⁵ Bestemmelsens forhistorie er i stor grad et kompromiss mellom medlemsstatenes svært varierende

¹⁵⁴ Pga hensynet til dobbeltbeskatning, se gjennomgangen av artikkel 9.

¹⁵⁵ jf ordene ”A Member State may”

forhold til arbeidstakerrepresentasjon og skyldes i hovedsak at Tyskland, med sine strikte regler for arbeidstakerbeskyttelse og medarbeiderinnflytelse, truet med å torpedere vedtakelsen av direktivet dersom ikke et slikt krav ble vedtatt. Artikkel 11(2) må ses i lys av disse forhold; bestemmelsen skal bare gjelde inntil det foreligger særskilt regulering som avløser denne bestemmelsen. Noen slik regulering foreligger foreløpig ikke.¹⁵⁶ Bestemmelsen viser at bredden i relevante hensyn er vid ved fortolkningen av direktivet.

6.8.7 Generelt om implementeringen av direktivet

Medlemsstatene kan velge om de vil implementere artikkelen som helhet.¹⁵⁷ På denne bakgrunn er det vanskelig å fastslå de eksakte konsekvenser av bestemmelsen. Dersom reglene ikke er fullstendig implementert, kan ikke myndighetene alene støtte seg på direktivet¹⁵⁸.

I praksis har de fiskale hensyn vist seg å være så sterke, at medlemsstatene gjør hva de kan for å begrense omfanget av direktivet. Det kan derfor legges til grunn at nær sagt alle medlemsstatene har implementert artikkel 11 i sin fulle utstrekning. Med noe vekslende innhold har de alle innført regler som skal forhindre skatteunngåelse eller skatteflukt. Imidlertid trekker bestemmelsen opp klare rammer for hva som anses beskyttelsesverdig i misbrukssammenheng.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ved vedtakelsen av SE-forordningen ble det inntatt et eget medarbeiderdirektiv som forordningen uttrykkelig henviser til. Det kan reises spørsmål om forholdet disse regelsett i mellom, men det behandles ikke mer inngående i oppgaven.

¹⁵⁷ Ibid. Note 155

¹⁵⁸ Reglene om "direkte virkning" er en rettighet som er tillagt borgerne, ikke myndighetene. Heller ikke "the estoppel principle" gir adgang til å støtte seg på artikkel 11. Jf bl.a Herzig/Deutzenberg/Heyeres, s. 18.

¹⁵⁹ Det er også inntatt en eget direktiv for gjensidig bekjempelse av skatteunngåelse og skatteflukt, "the Council Resolution of 10 February 1975 on the measures to be taken by the Community to combat international tax evasion and tax avoidance" OJ No. C 35, 14 Februar 1975. s 1.

6.8.8 Forholdet til nasjonal rett og de andre bestemmelsene

En sak fra EF-domstolen, *Leur-Bloem*¹⁶⁰, illustrerer forholdet til nasjonal rett og mellom kriteriene for om en transaksjon kvalifiserer etter artikkel 2 og artikkel 11;

Leur-Bloem ville overføre aksjene i to selveide, nederlandske selskaper til et nyopprettet holdingselskap for å benytte seg av reglene om resultatutjevning (ett selskap gikk med overskudd, ett med underskudd). Etter nederlandsk rett var det et krav ved aksjebytte at det ble gjennomført for å samle virksomhetene i begge selskaper i én enhet, finansielt og økonomisk. Dette er et vilkår som ikke kan leses ut av artikkel 2d. Det var etter sigende innført av hensyn til å unngå skatteflukt. Dette reiste flere spørsmål.

For det første var det spørsmål om domstolen var berettiget til å uttale seg om et spørsmål som gjaldt nederlandsk intern rett. Domstolen fant at når Nederland hadde valgt felles regler for grenseoverskridende¹⁶¹ og innenlandske transaksjoner som fulgte direktivets modell, var det underlagt denne rettsordning også for interne transaksjoner.

For det andre anså man at vilkåret som var oppstilt, gikk for langt ift ordlyden i artikkel 2 litra d. Subsidiært ble det reist spørsmål om det kunne forsvares utifra skattefluktsregelen i artikkel 11. Domstolen uttalte i forhold til dette at nasjonale bestemmelser, i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet, ikke automatisk kan frata visse kvalifiserende transaksjoner skattefordeler. Dette uansett om det er en aktuell fare for skatteflukt eller ikke. Skattemyndighetene må i stedet foreta en vurdering i hvert enkelt tilfelle, og denne bedømmelsen skal kunne prøves for retten.¹⁶² Til det konkrete spørsmål om denne anordning kunne diskvalifiseres etter artikkel 11, kom domstolen under tolkning av ”kommersielle grunner” til at det måtte kreves flere holdepunkter enn bare tapsutjevning.

Det er naturlig å si noen ord om forholdet mellom artikkel 11 og artikkel 4 flg, som oppstiller vilkår for transaksjoner som kvalifiserer. I sin streben etter å oppfylle disse

¹⁶⁰ *Leur-Bloem*, C-28/95 ECR [1997] I-4161

¹⁶¹ Som omfattes av direktivet, jf art. 1

¹⁶² Se om dette fra tysk rett; <http://www.lexetius.com/2002/4/1832.html>

vilkårene og samtidig sikre sine finansielle interesser på best mulig måte, hender det ofte at bedriftene søker å omgå vilkårene ved å inngå underliggende avtaler som ikke fremgår som en del av selve transaksjonen, men som de facto har nær tilknytning. Typiske eksempler er utbytteutdelinger og tilbakekjøpsavtaler. Det kan spørres om slike anordninger skal vurderes etter de generelle omgåelsesreglene i artikkel 11, eller i forhold til den bestemmelse hvis vilkår de retter seg mot. Det klare utgangspunkt må være at det vurderes i forhold til den aktuelle bestemmelse. Det vil gjøre direktivet mer effektivt om man kan plukke opp tilpasninger på dette nivået, slik at selskapet kan bli pålagt å endre sine omorganiseringsplaner uten at det diskvalifiserer som helhet etter artikkel 11. Dette er i tråd med det overordnede hensyn til effektivisering og rasjonalisering uten at det går ut over de enkelte medlemsstaters skattefundamenter, og var også fremgangsmåten som ble lagt til grunn i *Leur-Bloem*.

Foreligger det imidlertid et sett av anordninger som individuelt faller innenfor de ulike bestemmelsers rammer, men samlet sett gir et klart preg av skatteomgåelse som hovedformål eller ett av de hovedsaklige formål, vil sikkerhetsnettet i artikkel 11 kunne benyttes uten at individuelle brudd konstateres. Det følger av klar praksis fra EF-domstolen at hvor det foreligger pro forma tilnærming kan de nektes innvilgelse etter EF-regelen, jfr *Tv 10*¹⁶³, *Factorfame II*¹⁶⁴, *Kefalas*¹⁶⁵, *Centros*¹⁶⁶ og *Emsland-Stärke*¹⁶⁷.

6.9 Behandlingen av kvalifiserte transaksjoner

Med grunnlag i den foregående behandling, har jeg nå kommet frem til hvilke transaksjoner som kvalifiserer etter direktivet, basert på det geografiske anvendelsesområdet, transaksjonsform og motivasjonen for omorganiseringen. Nå behandles kravene til den innvilgede skattelempe. Man kan godt si det slik at det foregående oppstiller krav til grunnlaget for transaksjonen, mens denne delen av behandlingen stiller krav til gjennomføringen av transaksjonen. Også her vil

¹⁶³ C-23/93 *TV 10* ECR [1994] I-4795

¹⁶⁴ C-221/89 *Factorfame II* [1991] ECR I-3905

¹⁶⁵ C-367/96 *Kefalas* ECR [1998] I 2843

¹⁶⁶ C-212/97 *Centros* ECR [1999] I-1459

¹⁶⁷ C-110/99 *Emsland-Stärke*, dom av 14. des 2000

avveiningen av forholdet mellom behovet for effektive omorganiseringer og vern av skattefundamenter være sentralt.

Bestemmelsenes utgangspunkt er at de ellers skattepliktige postene ikke skal beskattes umiddelbart. Deretter modifiseres i hver enkelt bestemmelse omfanget av skattefritaket, og det oppstilles vilkår. Metodisk skiller man altså ikke ut vilkår begrunnet i vern av skattefundamenter i egne bestemmelser. Dette gjør det vanskeligere å redegjøre for hvordan de ovennevnte hensyn er kommet til uttrykk separat. Behandlingen vil derfor måtte gjøres samlet, hvor det sentrale er; I hvilken grad det gis utsettelse med beskatningen, og i hvilken grad vern av skattefundamenter og andre hensyn begrenser skattelempen. Jeg behandler først de bestemmelsene som kommer til anvendelse på selskapsnivå. Deretter aksjonærnivå.

6.9.1 Skattelempen på selskapsnivå

6.9.1.1 Art 4; ikke umiddelbar beskatning av kapitalgevinster

Utgangspunkter

Artikkel 4 er en kjernebestemmelse i Direktivet. Den legger grunnlaget for en løsning på problemet med skattekostnader som følge av kapitalgevinstbeskatning ved omorganisering. Vilkåret om tilknytning til et fast driftssted ivaretar hensynet til vern av skattefundamenter uten at det går ut over bedriftenes omorganiseringsbehov.¹⁶⁸ Artikkel 4 er utformet med tanke på fusjons- og fisjonstilfellene, men etter § 9 får den også anvendelse på overføring av eiendeler. Ved aksjebytte skjer endringene kun på eiernivå, og det skjer for så vidt ingen overføring av aktiva og passiva som begrunner regulering etter art 4-7. Aksjebytte reguleres i hovedsak av artikkel 8.

Hovedregelen – ikke grunnlag for beskatning

¹⁶⁸ Jf målsetningen slik den kommer til uttrykk i preambelet 5. premiss.

Hovedbestemmelsen i artikkel 4 er første ledd, som sier at omorganiseringen som gjennomføres ikke skal gi grunnlag for umiddelbar beskatning av kapitalgevinster med grunnlag i realisasjon av verdiene mellom virkelig verdi¹⁶⁹ og skattemessige verdier¹⁷⁰.

Innholdet i ”capital gains” kapitalgevinster

Når det gjelder ”capital gains” er det litt vanskelig å lese ut av ordlyden direkte hva som menes. Om det refereres til de ulike lands definisjon av kapitalgevinster eller legges opp til en fellesskapsrettslig forståelse gis det lite veiledning om.

I bestemmelsen henvises det til forskjellen mellom virkelig verdi på de overførte aktiva og passiva og den skattemessige verdi. Skattemessig verdi gis videre en definisjon som i stor grad gir anvisning på de ulike medlemsstaters rett. Dette må kunne tolkes som et tegn på at ”capital gains” er ment å skulle legges til grunn ulike former for kapitalgevinster, og at det ikke legges opp til en felles beregning, basert på felles indikatorer. Poenget må være at det er forskjellen mellom markedsverdi/virkelig verdi og skattemessige verdier som skal beskyttes ved transaksjonen. Forholdet til interne transaksjoner taler da for at det er de ulike lands beregning av kapitalgevinster som legges til grunn. Dersom man skulle legge en felles beregningsmåte til grunn ved grenseoverskridende transaksjoner, ville det i varierende grad kunne stilles bedre eller dårligere enn ved nasjonal omorganisering, avhengig av den enkelte medlemsstats regler. Dette ville åpne for tilpasninger.

I noen land gis det fradrag etter typiske inflasjonsindekser¹⁷¹, noe som medfører at omfanget av kapitalgevinstene vil være mindre enn i land hvor dette ikke er tilfelle.¹⁷²

¹⁶⁹ Den verdien de verdsettes til ved transaksjonen. Mellom nærstående parter kan armlengdeprinsippet komme til anvendelse.

¹⁷⁰ Opptakelsen av de anglosaksiske rettsstatene medførte at uttrykket ”value as reflected in the balance sheet of the transferring company” i det opprinnelige forslaget ble endret til ”value for tax purposes” i det endelige dokumentet. Forskjellen ligger i at definisjonen nå åpner for at land med separate regnskapsregler for skatteformål omfattes.

¹⁷¹ Hellas, Irland, Italia, Portugal og Storbritannia for å nevne noen.

¹⁷² Fordi inflasjonsøkningen kommer til fradrag i gevinsten.

Beregningen kan også bli påvirket av om det knytter seg til avskrivbare eller ikke-avskrivbare aktiva når man foretar beregningen.

Unntak og presiseringer – forholdet til skattefundamenter

Som det fremgår av hovedregelen, er det bare kapitalgevinster som det skal gis unntak fra beskatning for. Hovedregelen må presiseres ytterligere i to retninger: Det er med dette for det første ikke ment å gi de transaksjonene som omfattes mulighet for endelig fritak for skatt.¹⁷³ For å kunne beskytte de nasjonale skattefundamenter ved den endelige realisasjon, er det for det andre nødvendig å forby oppskrivning av de skattemessige verdier etter transaksjonen, selv om skattemessig verdi pga høy avskrivningsrate er betydelig lavere enn markedsverdi. Det fremgår ikke direkte av teksten, men det er uomtvistet at en slik oppskrivningsrett ikke foreligger, jf annet ledd.

Ikke endelig fritak for skatt

Det første vilkår er sikret i første ledd. De overførte aktiva og passiva må knyttes til et fast driftssted.

Det har blitt diskutert flere alternativer til hvordan man best kunne knytte de urealiserte skattemessige verdier til det overførende selskaps hjemland. I forhandlingene som førte frem til vedtakelsen i 1990, falt man imidlertid ned på at siden alle medlemsstatene hadde akseptert konseptet med fast driftssted, både i nasjonal lov og bilaterale skatteavtaler, var dette det best egnede. Det er allment akseptert at retten til å beskatte kapitalgevinster som oppstår ved realisasjon av eiendeler tilknyttet til et fast driftssted er forbeholdt den stat hvor det faste driftssted er beliggende, mens morselskapets hjemstat må inngi skattefradrag for den betalte skatt, enten ved unntaksmetoden eller kreditmetoden.

Tilknytning til fast driftssted innebærer at alle overførte aktiva fysisk må holdes igjen i det overførende selskaps territorium for at skatteutsettelse skal oppnås. Hovedpoenget

¹⁷³ I preambelets 9de premiss fremgår dette eksplisitt. Skattlegging skal skje ved ”the ultimate disposal”

er at kapitalverdier som benyttes i produksjon skal beskattes i det land det er hjemmehørende.¹⁷⁴ Bestemmelsen omfatter bare aktiva som genererer inntekter til selskapet. Eiendeler som ikke påvirker driften er ikke omfattet av skattelempen, og kan beskattes.¹⁷⁵

Vilkåret om tilknytning til et fast driftssted er ikke tilstrekkelig i de tilfelle staten hvor driftsstedet er beliggende ikke har beskatningsrett som følge av skatteavtale som følger OECDs mønsteravtale artikkel 8. Etter denne bestemmelsen er retten til å skattlegge gevinst av et internasjonalt shipping- eller luftfartsselskap eksklusivt forbeholdt den staten hvor det har sitt hovedsete. Dersom et slikt selskap fusjonerer, vil det overførende selskaps hjemstat miste retten til å skattlegge de latente kapitalgevinster, selv om aktiva er effektivt knyttet til et fast driftssted som befinner seg innenfor deres territorium. Kommisjonen og Rådet har kommet til enighet om at artikkel 4 ikke skal hindre at det overførende selskaps hjemstat kan skattlegge gevinster som selskapet ellers ville unnsnippe.¹⁷⁶ Etter dette vil det i slike situasjoner gjelde to vilkår; De overførte aktiva og passiva må være tilstrekkelig tilknyttet det faste driftssted i det overførende selskaps hjemstat, og det overførende selskaps hjemstat må ikke bli fratatt retten til å skattlegge det faste driftssted etter en dobbeltbeskatningsavtale.

Ikke mulighet for oppskrivning av de skattemessige verdier

Dette vilkåret er hjemlet i annet ledd. Det pålegger det mottakende selskap å tilpasse avskrivningen og skatteberegningen etter samme prinsipper som forgjengeren ville ha gjort på de overførte aktiva og passiva. Det overtakende selskap må med andre ord opptre som om det var det overførende selskap, dvs gjennomføre kontinuitet i de skattemessige verdier og anskaffelsestidspunkt. Benyttet predecessor lineær avskrivningsmetode¹⁷⁷, kan ikke etterfølgeren legge til grunn en degressiv¹⁷⁸ eller progressiv¹⁷⁹ metode. Dette gjelder dog bare for de overførte aktiva og innenfor den

¹⁷⁴ Jf første ledd i.f.; definisjonen av "transferred assets and liabilities"

¹⁷⁵ "and play a part in generating the profits or losses taken into account for tax purposes"

¹⁷⁶ jf møtereferater fra Rådsforhandlingene

¹⁷⁷ Lik avskrivning til det er fullstendig eller maksimalt nedskrevet

¹⁷⁸ Avskrivningen er høyest de første årene, for så å avta.

¹⁷⁹ Avskrivningen blir høyere når verdien av driftsmidlet avtar sterkere.

perioden det overtas. Dette vilkåret er med på å sikre medlemsstatenes skattemessige interesser, og benevnes ”the fiscal interest condition”.

Senere må selskapet stå fritt til å endre avskrivningsmetoder. Det følger også av tredje ledd. I noen tilfeller kan det i praksis være vanskelig å fastslå hvilke regnskapsprinsipper som ville blitt anvendt i det overførende selskap dersom fusjonen ikke hadde funnet sted. Å binde seg opp blindt etter den avskrivningstakt det overførende selskap har brukt kan ofte gi et helt feilaktig inntrykk av hvilke avskrivningsmetoder som ville blitt brukt, da det er store muligheter for at det overførende selskap selv ville endret sin avskrivningstakt.¹⁸⁰

Tredje ledd sier at der det overførende selskaps hjemstat tillater annen avskrivning av gevinst og tap enn etter reglene det overførende selskap var underlagt, skal ikke fritaket for kapitalgevinstbeskatning etter første ledd komme til anvendelse, dersom ny avskrivningsmetode benyttes. Det overtakende selskap har ingen plikt til å benytte en annen avskrivningsmetode. Således vil det etter tredje ledd oppstilles en valgfrihet for skattelempe i disse statene.

6.9.1.2 Art 5; ikke umiddelbar beskatning av skatteposisjoner

Forholdet til hovedregelen om utsettelse med beskatningen for kapitalgevinster

I samsvar med den retten artikkel 4 oppstiller til å overføre de skattemessige verdier til det faste driftssted eller mottakende selskap i samme stat ved en fusjon eller fisjon og overføring av eiendeler,¹⁸¹ søker artikkel 5 å utfylle denne generelle retten til overføring av skattemessige verdier til også å gjelde de skatteposisjoner som er etablert i det overførende selskap før transaksjonen.

¹⁸⁰ Det er imidlertid uenighet om hvor tidlig avskrivningsmetoden kan endres. Åpnes det for endring umiddelbart etter overtakelsesåret, vil det åpne for tilpasninger. Krever man opprettholdelse for lenge, vil det vanskeliggjøre regnskapsføringen og synergieffektene av reorganiseringen. Hver stat må innenfor rammen av målene etter direktivet stå fritt til å gi regler for dette, jf tredje ledd.

¹⁸¹ Jf artikkel 9

Rettsteknisk kan man si at artikkel 4 legger til rette for overføring av skjulte verdier ved en kvalifiserende transaksjon, mens artikkel 5 (og 6,¹⁸² nedenfor) behandler de verdier som allerede ligger fremme i dagen. Det er viktig å merke seg at artikkel 5, i motsetning til artikkel 4, ikke bare retter seg mot kapitalgevinster, men all skatt på kvalifiserte selskaper som ikke ville oppstått på omorganisering i intern rett¹⁸³. Da sikrer man også nøytralitet medlemsstatene i mellom, uavhengig av de innenlandske forhold for skatteposisjoner.

Generelt om skatteposisjoner

Skatteposisjoner som bestemmelsen retter seg mot, vil bare oppstå i de land der skatteregnskapet holdes adskilt fra bedriftsregnskap og finansregnskap. Det er bare der det oppstår resultatforskjeller i disse regnskapene artikkel 5 vil komme til anvendelse. Artikkel 5 regulerer bare midlertidige positive og negativ resultatforskjeller som medfører henholdsvis skattebyrde og skattefordel. Underskudd reguleres i artikkel 6.

Den innledende setningen i artikkel 5 må anses å være overflødig. Plikten til å inkorporere bestemmelsene i direktivet følger allerede eksplisitt av artikkel 12. Selve uttrykket ”provisions and reserves” stammer fra det opprinnelige forslaget tid. Det kan fremstå som et paradoks at også det opprinnelige forslaget hadde nær sagt likelydende ordlyd med det endelige dokumentet, all den tid medlemslandene på denne tiden ikke opererte med adskilt skatteregnskap. Poenget man imidlertid bør trekke av dette, er at man allerede på dette tidspunktet anså skatteposisjoner for å være en så viktig del av direktivet, og at videreføring burde gjennomføres skattefritt uansett om det stammet fra regnskapsmessige posteringer i et adskilt skatteregnskap eller ikke. Grunnlaget for skatteposisjonen er også irrelevant.

Skatteposisjonen må nødvendigvis være av temporær art. Dersom det er gitt endelig fritak, foreligger det jo ingen skattehindring som direktivet trenger å regulere. Dersom

¹⁸² Underskuddsfremføring reguleres i artikkel 6

¹⁸³ I tråd med formålet i preambelens femte premiss.

det imidlertid er gitt et ”endelig” fritak på betingelse av at det ikke skjer en overførsel til utlandet, vil artikkel 5 være anvendelig.

Presisering av retten til fremføring

Skatteposisjonene kan ikke stamme fra et fast driftssted i utlandet¹⁸⁴ når det gjelder fusjon og fisjon, der overførende og mottakende selskap befinner seg i forskjellige land. Dette skyldes at det overførende selskap vil oppløses etter overførselen, og eierskapet til det faste driftssted går over til det mottakende selskap. Da mister det overførende selskaps hjemstat samtidig beskatningsretten, og det er unaturlig at det overførende selskaps hjemstat i et slikt tilfelle skal miste beskatningsretten. Det fremgår derfor eksplisitt i direktivet at det overførende selskaps hjemstat kan tilbakeføre denne skatteposisjonen til beskatning.

Det er derimot mulig at man kan overføre skatteposisjonene fra det faste driftssted til det mottakende selskaps faste driftssted i det overførende selskaps hjemstat. Da taper ikke det overførende selskaps hjemstat sin beskatningsrett, og det er således ikke noen god grunn for at overføring ikke skal kunne skje.

Artikkel 5 snakker om at slike rettigheter ”may be carried over”. Når bestemmelsen benytter begrepet ”carried over” ligger det implisitt at det forutsettes at det overførende selskap oppløses og erstattes av det mottakende selskap. Skatterettslig betraktes det faste driftssted som lovlig suksessor av det overførende selskaps skattemessige rettigheter og plikter og man burde derfor kunne overføre disse. Selskapsrettslig betraktes det imidlertid ikke som noen egen enhet, og der de skattemessige forhold er nært knyttet opp til de selskapsrettslige vilkår, er det derfor mer usikkert om posisjonene kan overføres.

¹⁸⁴ Jf ”abroad”. Med dette menes bare at det ikke befinner seg i det overførende selskaps hjemstat.

Fremføring ved fisjon

Ved en fisjon er det viktig at skatteposisjonene følger fordelingen av aktiva og passiva, og at de tilordnes de faste driftssted i det overførende selskaps hjemland.

Fremføring ved overføring av eiendeler

Ved overføring av eiendeler er det bare skatteposisjoner tilknyttet aktiva og passiva som er overført som overføres. Skatteposisjoner i tilknytning til de gjenværende aktiva og passiva forblir i det overførende selskap, fordi det overførende selskap ikke opphører

Mellomværende mellom de impliserte parter

Dersom det overførte og mottakende selskap har utestående¹⁸⁵ med hverandre før fusjonen eller en annen transaksjon, vil disse automatisk opphøre. Det følger av det generelle prinsippet om at et selskap ikke kan være sin egen debitor eller kreditor. Siden den mellomsselskaplige balansen opphører, kan ikke det mottakende selskap bli ansett å overta de rettigheter og forpliktelser som denne balansen representerer. Således vil ikke artikkel 5 forby likvidasjon og beskatning av en skatteposisjon som tidligere har oppstått på et krav fra det overførende selskap til det mottakende selskap.

6.9.1.3 Art 6; rett til fremføring av underskudd

Forholdet til hovedregelen om utsettelse med beskatningen i artikkel 4

Artikkel 6 regulerer underskuddsfremføringsretten ved grenseoverskridende transaksjoner. Dette problemet dekkes ikke av artikkel 4.¹⁸⁶ Det er derfor nødvendig med en egen bestemmelse. Dersom det ikke forelå noen mulighet til å overføre underskuddsfremføringsretten, ville fremtidig overskudd ikke kunne motregnes i

¹⁸⁵ Motkrav mv.

¹⁸⁶ Artikkel 4 behandler spørsmålet om skjulte kapitalgevinster.

eksisterende underskuddsfremføringsrett. Dette vil innebære betydelige skattekostnader. I forbindelse med en omorganisering, er underskuddsfremføringsrett betraktet som et viktig aktivum i det overførende selskap. Dersom dette ikke kan benyttes, kan det ha betydning for prisen. Regelen retter seg mot underskuddsfremføring; tilbakeføring av tap er ikke omfattet. Dette er i tråd med direktivets formål; å sikre mer effektive selskapskonstellasjoner og konkurranse i fremtiden.¹⁸⁷

Hovedregelen; plikt til å innvilge underskuddsfremføringsrett ved tilsvarende internrettslig regulering

Bestemmelsens regel er at dersom det overførende selskaps hjemstat tillater underskuddsfremføringsrett for interne transaksjoner, har de også en plikt til å gjøre det ved en omorganisering med et grenseoverskridende element.

Underskuddsfremføringsretten kan dog bare skje dersom den ikke allerede er utnyttet¹⁸⁸ i det overførende selskaps hjemland, og den kan bare knyttes til det mottakende selskaps faste driftssted i det overførende selskaps hjemland.¹⁸⁹ Fordi underskuddsfremføringsretten ikke kun kan holdes tilknyttet aktiva og passiva fra det overførende selskap¹⁹⁰, er mange land kritiske til å innvilge rett til overføring av disse posisjonene. I Frankrike for eksempel, kan underskudd bare overføres ved godkjenning av Finansministeren.¹⁹¹ Den samme regelen kommer til anvendelse i Portugal og Irland. Italia, Nederland, Sverige og Storbritannia tillater overføring av underskudd uten slik godkjenning, selv om det er underlagt visse vilkår. De gjenværende medlemsstatene tillater ikke overføring.¹⁹²

Rettsteknisk kan det virke som om direktivet her oppstiller en plikt til medlemsstatene til å inkorporere en regel av unilateral karakter, ved å gi de regler som gjelder for innenlandske forhold anvendelse også på internasjonale. Det er ikke meningen.

¹⁸⁷ Preamblets 5.premiss.

¹⁸⁸ Det ville medføre dobbelt fradrag

¹⁸⁹ Gjennom bokføring i det faste driftssteds regnskap.

¹⁹⁰ Men må tas inn i det overtakende selskaps regnskaper, som kan beskattes i et annet land.

¹⁹¹ Gambier, "Les impôts en France ",20, 1988-89, jf Herzig/Dautzenberg/ Heyeres s. 10

¹⁹² DRT International: "International Acquisitions, Mergers and Reorganisations in Europe", New York, 1990.

Meningen er snarere å oppstille en generell regel for alle medlemsstater som tar hensyn til de nasjonale forhold.¹⁹³

Dersom det ikke gis underskuddsfremføringsrett etter intern rett, ville det medføre forskjellsbehandling¹⁹⁴ og muligheter for tilpasning¹⁹⁵ å pålegge en generell plikt til underskuddsfremføringsrett. På den annen side er mange faste driftssted underlagt beskatning etter unntaksmetoden i sitt hjemland. Det vil som hovedregel si at de ikke beskattes i hjemlandet når de er underlagt beskatning i en annen stat¹⁹⁶ og at all beskatningsmyndighet tilfaller skattemyndighetene hvor det faste driftssted befinner seg. En rett til underskuddsfremføring vil i disse tilfellene bare bedre konkurransesituasjonen for det faste driftssted og sikre arbeidsplasser. Økt utbytte til utenlandsk morselskap som følge av økt overskudd vil normalt sett beskattes etter prinsippene om ”withholding tax”¹⁹⁷

Muligheter for utnyttelse av retten – forholdet til vern av skattefundamenter

Det er bare i to tilfelle hvor medlemsstatene kan oppleve at overføringen av underskuddsfremføringsretten kan gi umiddelbar skattelempe i konflikt med hensynet til skattefundamentene i det overførende selskaps hjemstat:

For det første der det er mulig å gjennomføre avsetning i det mottakende selskaps hjemstat. Dette kan være mulig dersom denne staten skattlegger overskuddet fra et utenlandsk fast driftssted (som gir kredit i stedet for unntak) og tillater at underskudd fra et i utlandet beliggende fast driftssted avsettes mot det hjemmehørende selskapets

¹⁹³ Det er heller ingenting i veien for at medlemsstatene innvilger mer liberale regler for overføring av tap enn det legges opp til i artikkel 6.

¹⁹⁴ Jf preambelets 5. premiss. Et viktig formål er å hindre at internasjonale transaksjoner ikke stilles dårligere enn nasjonale, men det kan heller ikke kreves at internasjonale transaksjoner behandles gunstigere.

¹⁹⁵ Noen stater, bl.a. Frankrike og Portugal, hevder at det ville kunne føre til at man oppkonstruerte fusjoner med det eneste mål å fusjonere underskudd og overskudd mellom de involverte selskaper.

¹⁹⁶ Noen stater lar imidlertid inntekten gå inn i beregningsgrunnlaget, selv om de ikke beskattes av det opptjente overskudd direkte.

¹⁹⁷ Jf f.eks Skatteloven § 10-13, 2 pkt og NSA art 10. I konsernforhold, som vi ofte står overfor ved faste driftsteder, er imidlertid kildestatens beskatningsrett i mange tilfelle begrenset, jf NSA art 10.3.

globalinntekt.¹⁹⁸ Her bygger jo ikke underskuddet på tidligere beskattet overskudd i det mottakende selskaps hjemland.

For det andre kan skattelempe oppnås i det overførende selskaps hjemstat når det mottakende selskap har andre faste driftssteder der som går med overskudd. I slike tilfelle vil imidlertid underskuddsfremføringsretten behandles på samme måte som konsernbidrag mellom selskaper som er hjemmehørende i denne staten og har alminnelig skatteplikt dit, og det kan neppe betraktes som urettmessig at faste driftssted underlegges samme rettigheter når de er begrenset skattepliktige dit.

Det antas at medlemsstatene har rett til å tilpasse sin interne rett på dette området ved at de nekter å godta et slikt fritak dersom det overførbare underskudd overtas av et utenlandsk driftssted som oppstår som følge av en grenseoverskridende fusjon, og dette gjennomføres av motivasjon som faller inn under artikkel 11 når kravene til behandling etter denne bestemmelsen er oppfylt.

Noen medlemsstater har spesialbestemmelser for slike situasjoner, slik at man ikke kan gjennomføre transaksjoner med dette som eneste eller det sentrale mål. I Tyskland for eksempel, har ikke et mottakende selskap lov til å fremføre sine tidligere underskudd dersom selskapet ikke fremstår juridisk og økonomisk som uendret. Man vil økonomisk ikke bli behandlet som uendret dersom:¹⁹⁹

- mer enn 75% av aksjene har endret eierskap (som følge av utstedelse av nye aksjer til aksjonærene i det overførende selskap) og;
- det mottakende selskap etter å opphørt med sin økonomiske aktivitet har blitt reaktivert med friske penger fra sine aksjonærer.

I Sverige har man inntatt den regel at det for den delen av virksomheten som betales med kontanter, også skal gjøres avkortning i underskuddsfremføringsretten. Dette fordi det for denne del innebærer opphør av næring ved endelig realisasjon. Det må tolkes som en naturlig konsekvens av direktivets opplegg.

¹⁹⁸ Forslaget til direktivet la opp til fritak for tapsavsetninger i hjemstaten, men dette ble ikke vedtatt, jf fotnote 175.

¹⁹⁹ Art 8, 4 ledd, German Corporation Tax Act; Bindende uttalelse fra det tyske finansdepartementet 16.06.1978; IV B 2 – S 1909-8/78; Federal Tax Gazette I 1978 at 235, text no.45

6.9.1.4 Art 7; ikke beskatning ved realisasjon ved kryssende eierskap

Artikkel 7 regulerer de forhold der det mottakende selskap allerede har eierinteresser²⁰⁰ i det overførende selskap. Konsekvensen av dette vil være at når man skal utstede vederlagsaksjer til det overførende selskaps aksjonærer, vil man de facto utstede aksjer til seg selv. I mange land er det ikke tillatt å tegne aksjer i seg selv eller eie egne aksjer, og det vil derfor kreves at disse selges med påfølgende skatt på realiseringen. Uten direktivet ville man allerede på dette tidspunkt kunne oppleve to former for beskatning; skatt på avhendelse av aksjene til det mottakende selskap (seg selv) og skatt på den etterfølgende tvungne avhendelse av aksjer²⁰¹. Artikkel 7 søker å unngå skattlegging av denne transaksjonen²⁰².

Forholdet til artikkel 4

Artikkel 4 dekker ikke denne situasjonen, da den bare retter seg mot skattlegging av det overførende selskap, ikke det mottakende. Det er derfor behov for en egen bestemmelse.

Det mottakende selskap har aksjer i det overførende

Første ledd oppstiller en regel om at gevinster som oppstår ikke skal underlegges noen form for beskatning.²⁰³ Helt bokstavlig kan ikke denne bestemmelsen tas, da det bare tas sikte på å unngå skattlegging ved gjennomføringen av selve transaksjonen.

Inngangsverdien skal på vanlig måte etter artikkel 4 videreføres og beskattes ved den endelige avhendelse. Ellers ville man stilt det mottakende selskap i en fordelaktig posisjon ift de andre aksjonærene i det overførende selskap.

²⁰⁰ jf ”..holding in the capital of..” Begrepet refererer til den utstedte aksjekapital i det selskapet det gjelder, altså den nominelle aksjeverdi.

²⁰¹ Forutsatt at aksjekursen har steget i mellomtiden. På engelsk kalles dette for en ”take-over-profit”, og det er denne situasjonen det refereres til med uttrykket; ”..any gains accruing to the receiving company on the cancellation” i første ledd.

²⁰² Jf det overordnede mål om å fjerne skattehindringer, preambelets 5ledd.

²⁰³ ”.. shall not be liable to any taxation.”

Når det gjelder måten medlemsstatene skal gjennomføre fritaket for beskatning på, oppstilles det ingen klare retningslinjer. Hver medlemsstat kan derfor stipulere sine egne metoder. Én mulighet er å videreføre de tidligere inngangsverdiene, noe som kan være fornuftig der det bare dreier seg om økning i aksjeverdien.

Forholdet til overføring av eiendeler og aksjebytte

Ved overførsel av eiendeler og aksjebytte innebærer ikke dette noe problem, da de aksjer som utstedes fra det mottakende selskap forblir hos aksjonærene i det overførende selskap uten at det oppløses.²⁰⁴ Det er først når de selskapsrettslige regler krever at selskapet skal oppløses at problemene med kansellering av aksjer og påfølgende eierskap av egne aksjer oppstår.

Presisering av hovedregelen

Annet ledd modifierer retten til fritak (utsettelse) med kapitalbeskatningen. For de tilfelle der det mottakende selskaps beholdning i det overførende selskap ikke overstiger 25 % av den nominelle verdi. Denne regelen må i det store og hele begrunnes i mor-/datterselskapsdirektivets korresponderende bestemmelser. Et potensielt mottakende selskap i egenskap av aksjonær i det potensielt overførende selskap, kan motta midler fra det overførende selskap på samme måte som ved en overførsel på tidspunktet for fusjon og fisjon. Dersom det mottakende selskap har en tilstrekkelig deltakelse i kapitalen i det overførende selskap til å kvalifisere etter mor-/datter-direktivet, legger art 7 annet ledd opp til at det samme skattefritak skal komme til anvendelse ved fusjon eller fisjon. Men; dersom det mottakende selskaps deltakelse ikke er tilstrekkelig til å kvalifisere etter mor-/datter-direktivet, er ikke medlemsstatene pålagt å gi skattelempe etter artikkel 7 første ledd.

Et annet spørsmål er hva som vil skje dersom det mottakende selskap har aksjer i det overførende, som er ervervet på et nivå som overstiger verdien ved transaksjonen som

²⁰⁴ jf artikkel 9, jf art 2 litra (c).

kvalifiserer etter direktivet. Da vil det mottakende selskap sitte med et aktuelt tap. Skal dette tapet kunne fradragsføres som tap på aksjer i næring, eller medfører symmetrihensyn at dette tapet ikke kan realiseres før den endelige realisasjon av aksjer i det mottakende selskap? Artikkel 8, annet ledd i det opprinnelige forslaget la opp til at det mottakende selskap kunne realisere et kapitaltap, forutsatt at det var fradragsberettiget i det mottakende selskaps skattbare overskudd. I den endelige utformingen finner man ikke spor av dette forslaget, og rettstilstanden er uviss. Det faktum at skattelempebestemmelsene har blitt fjernet i den endelige versjonen, kan tolkes som at man gir medlemsstatene adgang til å lovregulere dette området som man selv ønsker, uten at det foreligger noen restriksjoner i direktivet. Det fremstår som sannsynlig at det oppstilles en valgmulighet for om man i det hele tatt vil gjennomføre transaksjonen med skattemessig kontinuitet. Velger man kontinuitet, kan man av symmetrihensyn ikke få fradrag for tap direkte. I praksis bør derfor det mottakende selskap gjør forsøk på å nedskrive sitt engasjement i det overførende selskap før fusjonen eller fisjonen, slik at problemer med bortfall av tapsavsetninger ikke blir aktuelt.

Det overførende selskap har aksjer i det mottakende selskap

Artikkel 7 behandler ikke det tilfelle at et overførende selskap innehar aksjer i det mottakende selskap, men i praksis vil det ikke være særlig aktuelt å gjennomføre. Slikt eierskap vil typisk kunne oppstå i to situasjoner:

For det første der et morselskap fusjoneres inn i et datterselskap²⁰⁵, som er den motsatte situasjon av art 2 (a) tredje innrykk²⁰⁶. Transaksjonen kan ikke gjennomføres etter 2(a) tredje innrykk, men etter art 2a. Her vil morselskapets aksjonærer få vederlagsaksjer i datterselskapet. Det regnes ikke som eie av egne aksjer, men er en transaksjon som bør unngås etter bestemmelsene i artikkel 19 og 22 i det andre selskapsdirektiv av 13. desember 1976, som stiller strenge krav til eie av egne aksjer. Direktivet er ikke vedtatt og bindende, men direktivet bygger på rettstilstanden i mange EU-land og prinsippene

²⁰⁵ ”downstream merger”

²⁰⁶ ”upstream merger”

vil derfor ha stor praktisk verdi i mangel av et felleseuropeisk selskapsregelverk. Resultatet er at aksjene i morselskapet må selges.

For det andre kan eierskap i det mottakende selskap oppstå i en fusjon med kryssende eierskap, dvs at selskapene har aksjer i hverandre. Det overførende selskaps aksjer i det mottakende selskap berøres ikke av transaksjonen, mens det mottakende selskaps aksjer i det overførende benyttes som vederlag ved en forholdsmessig reduksjon av kapitalforhøyelsen i det mottakende selskap.

Per dags dato har reglene om skattelempe for kapitalgevinster som oppstår ved kryssende eierskap begrenset verdi, da det ikke foreligger noe felles selskapsrettslig fundament og statene heller ikke har implementert reglene som gjelder for fusjon og fisjon. For overføring av eiendeler er det som nevnt ikke noe problem, da det ikke vil foreligge noe erverv av egne aksjer.

6.9.1.5 Art 9; art 4-6 kommer til anvendelse på overføring av eiendeler

Forholdet til artiklene 4-8

Artikkel 9 lar bestemmelsene i artiklene 4-6 komme til anvendelse på overføring av eiendeler. Således kommer alle direktivets relevante bestemmelser til anvendelse på denne transaksjonsformen. Artikkel 7, som regulerer mottakende selskaps eie av aksjer i det overførende selskap, er uaktuell fordi det overførende selskap ikke oppløses og det erverves derfor ikke aksjer i eget selskap. Artikkel 8 er heller ikke relevant da det ved overføring av eiendeler er selskapet som er mottaker, og artikkel 4 gir her tilstrekkelig grunnlag for skattelempe.²⁰⁷

Grunnen til at direktivet er bygd opp på denne måten, er tilsynelatende den vekslende kompleksitet som ligger i forholdet mellom på den ene siden overføring av eiendeler og på den annen side fusjoner og fisjoner. Pga de krav som i selskapsretten stilles til blant annet oppløsning, regler om handel med og eie av egne aksjer og skillet mellom

²⁰⁷ Jf art 2 (c) og kommentaren til artikkel 8

eiernivå og aksjonærnivå for fusjoner og fisjoner, er det klart at det kreves en grundigere og mer detaljorientert regulering enn ved overføring av eiendeler som ikke stiller samme krav til den underliggende selskapsrettslige regulering. Overføring av eiendeler betraktes som en enkel suksesjon og innebærer bare en overføring av hvert enkelt aktivum eller passivum til en ny eier. Av den grunn anså man en kryssreferanse til artiklene som kan få anvendelse på overføring av eiendeler som mer enn tilstrekkelig.

Med denne henvisningen bør man ikke bombastisk slå fast at alle former for overføring av eiendeler kan gjennomføres med utsettelse av beskatningen etter artikkel 4. En typisk vanskelig problemstilling er i de tilfelle de overførte aktiva og passiva er tilknyttet et fast driftssted som ikke befinner seg i det overførende selskaps hjemstat. Artikkel 4, jf intensjonen med direktivet, legger opp til at grenseoverskridende transaksjoner ikke skal behandles dårligere enn interne. Når det gjelder behandlingen av overførsel av filialer beliggende i utlandet, er det imidlertid store sprik på nasjonalt nivå om hvor liberalt man stiller seg til dette skattemessig. Dersom en overføring av eiendeler (eller hele bedriftens innhold) fra en filial mellom to selskaper som er alminnelig skattepliktig til samme land ikke kan gjennomføres med kontinuitet på nasjonalt nivå, skal det nok en del til for at det skal kunne oppnås ved grenseoverskridende transaksjoner. Ordlyden gir i hvert fall ikke tilstrekkelig støtte for å hevde noe slikt.²⁰⁸

Incorporation of Branch

Formene for overføring av eiendeler etter art 2c er behandlet tidligere. Her vil jeg bare utdype noe rundt den situasjon der et selskap hjemmehørende i medlemsstat A inkorporerer hele/deler av sine aktiva og passiva som en virksomhetsdel i medlemsstat B i et selskap hjemmehørende i medlemsstat B. Behandlingen er lagt her for lettere å se problemstillingen i sammenheng med reglene som regulerer den innvilgede skattelempe.

²⁰⁸ Jf art 4, første ledd, siste innrykk ”... are effectively connected with a permanent establishment of the receiving company **in the Member State of the transferring company** and play a part in generating the profits or losses taken into account for tax purposes.” (Min utheving.)

Sentralt i vurderingen er forholdet mellom artiklene 9, 4, 10 og 2c. Art 2c sier at en virksomhetsdel kan overføres mot at det overførende selskap får aksjer i det mottakende selskap. Art 2c sier ingenting om hvordan virksomhetsdelen skal behandles i forhold til det mottakende selskap, men artikkel 4, første ledd annet innrykk, krever at de overførte eiendeler skal konverteres til et fast driftssted. Det bemerkes at i dette tilfellet må man også ta i betraktning artikkel 10, da de overførte eiendeler befinner seg i et annet land enn det overførende selskap, og artikkel 4 første ledd annet innrykk bare gir skattelempe for de tilfelle der de overførte eiendeler befinner seg i samme land som det overførende selskap. Artikkel 10 første ledd siste pkt sier at den mottakende stat skal anvende direktivet som om det var det overførende selskaps stat. Dette betyr at det mottakende selskaps stat skal gi skattelempe når de overførte eiendeler knyttes til et fast driftssted i denne staten.

Etter artikkel 9 kommer artikkel 4 til anvendelse på overføring av eiendeler. Spørsmålet blir om en virksomhetsdel/et fast driftssted kan inkorporeres i et selskap. Dette vil være det motsatte av hva art 10 jf art 4 legger opp til; konvertering fra et selskap til et fast driftssted.

Det må anses klart at artikkel 4 direkte ikke åpner for en slik transaksjon. Man må imidlertid vurdere om henvisningsbestemmelsen i artikkel 9 må tolkes like strengt.

Originalversjonen av art 9 sier ”shall apply to transfers of assets”. Dette trekker i retning av at artikkel 4 må tolkes uniformt ved overføring av eiendeler

Den tyske versjonen sier; ”Die artikel 4, 5 und 6 gelten entsprechend für die Einbringung von Unternehmensteilen”, som må synes å antyde at det er en viss fleksibilitet i tolkningen. ”Entsprechend für” (er talende for) gir anvisning på en tolkningsregel som generelt gir en viss frihet ved kryssreferanser. Dette er både i tråd med intensjonene bak direktivet og dets utforming. Man kan derfor ikke slutte av ordlyden at overføring til et selskap er utelukket.

Man må således tolke artikkel 4 første ledd annet innrykk i lys av formålet. Formålet er å gi skattelempe, men unngå at de overførte eiendeler kan føres ut av landet. Tilknytning til et fast driftssted som et vilkår gir vern for skattefundamentene.

Imidlertid kan man ikke trekke den slutning at overføring til et selskap i samme land vil gjøre det motsatte. For det mottakende selskaps hjemstat, vil dette ikke innebære noe svakere vern.

I teorien er det hevdet og lagt vekt på at det er det mottakende selskaps hjemstats interesser som i hovedsak berøres og derfor bør beskyttes, og jeg slutter meg til dette.²⁰⁹

Selv om direktivets ordlyd ikke åpner for inkorporering av et fast driftssted i mottakende selskaps hjemstat, taler gode grunner for dette. Man må imidlertid i fortolkningen av direktivet ta i betraktning at rettsstillingen her ikke er klarlagt, og at medlemsstatenes implementering av den grunn kan være avvikende.

6.9.1.6 Art 10; beskatning av fast driftssted beliggende i utlandet

Artikkel 10 regulerer hvordan skattleggingen av et i utlandet beliggende fast driftssted skal foregå, når det overførende selskaps hjemstat mister beskatningsretten.

Utgangspunkter – beskatning av fast driftssted i en tredjestat

Første ledd oppstiller anvendelsesområdet for artikkelen til fusjoner, fisjoner og overføring av eiendeler²¹⁰. Dersom en slik transaksjon innebærer overføring av et fast driftssted beliggende innenfor EU, skal det overførende selskaps hjemstat gi avkall på enhver skattlegging av dette. Til gjengjeld kan det overførende selskaps hjemstat kreve tilbakeføring av tapsavsetninger som overstiger inntekten til beskatning.²¹¹ Staten hvor det faste driftssted befinner seg skal anvende bestemmelsen som om det var det overførende selskap, ift det mottakende selskaps hjemstat. Det vil si at det ikke beskatter overførselen til det mottakende selskap, foruten tapsavsetninger som kan tilbakeføres til beskatning.

²⁰⁹ Otmar Thömmes, ECCTL, commentary on article 9, pkt 9 flg, særlig pkt 14.

²¹⁰ Aksjebytte medfører ikke opprettelse av et fast driftssted, og artikkelen kommer derfor ikke til anvendelse.

²¹¹ I de stater som tillater fradragsrett for tap som oppstår i et fast driftssted i utlandet, mens det generelt er unntaksmetoden som anvendes.

Skattlegging av tapsavsetninger

Grunnen til at tapsavsetninger tilbakeføres til beskatning på dette punktet og ikke overføres videre til det mottakende selskap, er at en slik tilbakeføring av fradragsførte midler vil være begrenset som følge av at selskapet som oppstår i etterkant er en selvstendig juridisk enhet adskilt fra morselskapet og dermed det faste driftssted som det tidligere tilhørte. Det tidligere morselskapet i det overførende selskaps hjemstat kan ikke beskatte verken det nye datterselskapet/ det faste driftssted eller dets morselskap²¹². Rent prinsipielt er dette et viktig unntak fra suksesjonsprinsippet som ellers gjør seg gjeldende i direktivet.

Tilordningen til direktivet – der kreditmetoden anvendes

Regelen om at det faste driftssteds stat og det mottakende selskaps hjemstat skal legge direktivet til grunn som om det faste driftssted stat var det overførende, skyldes at det overførende selskaps hjemstat oppgir sin beskatningsrett, men dette er ikke tilstrekkelig til at omorganiseringen skal kunne gjennomføres skattefritt. Så lenge beskatningsretten også tilligger det faste driftssteds stat (som jo er hovedregelen), er det nødvendig at også denne staten underlegges reglene for skattelempe. Det vil for øvrig heller ikke være noen grunn til at kildestaten skal beskatte overføringen, i og med at det ikke oppstår noe permanent tap av beskatningsrett.

Der det faste driftssted befinner seg i en tredje medlemsstat, må det overførende selskaps hjemstat gi avkall på enhver rettighet som det har eller kunne hatt til å pålegge skatt. Kildestaten kan derimot naturlig nok ikke pålegges å gi avkall på sine rettigheter i slike tilfelle. Således skal den bare gi avkall på å beskatte selve transaksjonen, ikke den fremtidige og eventuelle beskatningsmyndighet.

²¹² Med mindre det befinner seg i samme land som det tidligere morselskap.

Tilordningen til direktivet – der globalinntektsprinsippet anvendes.

Annet ledd gir de statene som anvender globalinntektsprinsippet²¹³ rett til å skattlegge overførselen, på det vilkår at det gis fritak for den skatt som ville blitt ilagt i den staten hvor det faste driftssted befinner seg, om ikke direktivet eksisterte. Det legges altså opp til en hypotetisk beregning, avhengig av hvilken stat det gjelder.

Denne bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 12, som åpner for at staten kan velge å benytte globalinntektsprinsippet. Når land som benytter unntaksmetoden²¹⁴ kan tilbakeføre tap til beskatning, bør også land som benytter kreditprinsippet²¹⁵ få en viss beskatningsmulighet. Det er inntektene som oppstår som resultat av omorganiseringen som kan beskattes, ikke andre inntekter.

Sammenhengen i bestemmelsen

Tolker man ordlyden direkte, kan det virke som om annet ledd åpner for et generelt unntak fra første ledd. Det som imidlertid menes, er at det refereres til to ulike metoder for å unngå dobbeltbeskatning, henholdsvis unntaks- og kreditmetoden, og at det gis selvstendig hjemmel for begrenset beskatning i de respektive deler av bestemmelsen. Således kan man godt si at artikkel 10 inneholder 3 elementer; for det første at retten til beskatning av utenlandske faste driftssteder gis avkall på, for det andre at det kan tilbakeføres tidligere avsatt tap i land som benytter unntaksmetoden og at man i land som benytter kreditmetoden er underlagt en viss kapitalbeskatning.

²¹³ Bestemmelsens henvisning til globalinntektsprinsippet er noe upresis. Man må her vurdere hvert enkelt lands lovgivning og i særdeleshet hva som fremgår av bilaterale og multilaterale skatteavtaler.

²¹⁴ Ved vedtakelsen av direktivet i 1990 gjaldt dette Belgia, Frankrike, Nederland og Tyskland. Luxembourg anvendte et unntaksprinsipp uten rett til fritak for tap. Document COM (90) 595 final og 24. januar 1991, inneholder en detaljert beskrivelse av den skattemessige behandlingen av utenlandske tap i de enkelte medlemsland.

²¹⁵ Jf OECDs mønsteravtale av 1977 art. 23.

Når det gjelder referansen til den skatt som ville blitt utskrevet dersom direktivet ikke eksisterte, skyldes den at dersom det var direktivets regler som var styrende for hvilken skatt som skulle legges til grunn, ville den etter reglene om skattelempe bli null. Da ville det ikke vært utskrevet noen skatt for avtaler som benytter globalinntektsprinsippet, og de kunne da skrevet ut full skatt etter egne regler. Det ville åpenbart være i strid med direktivets formål, og kunne ikke gjennomføres. Selve beregningen etter direktivets endelige utforming, kan imidlertid by på problemer.

6.9.2 Skattelempe på aksjonærnivå.

Art 8 retter seg i hovedsak mot fusjon, fisjon og aksjebytte og sier at utstedelse av aksjer ved en kvalifiserende transaksjon i seg selv ikke skal medføre beskatning.²¹⁶ Omfattet ikke skattelempen en slik regel, ville det være en illusjon på eiernivå i og med at det i alle de nevnte tilfelle må utstedes vederlagsaksjer og det er aksjonærene som i disse tilfellene er adressat, mottaker av ytelsen, og dermed skattepliktig for den.

I forklaringen til det opprinnelige forslaget fra 1969, ble behovet for en slik regulering beskrevet meget forklarende:²¹⁷

“Implisitt i en fusjon, skjer det en overføring av aksjer fra det mottakende selskap til aksjonærene i det oppløste overførte selskap (Artikkel 9 i forslaget). Denne overføringen av aksjer legger ikke grunnlag for noe mer enn et enkelt bytte, og resulterer normalt ikke i noen berikelse for aksjonærene som mottar aksjene. Det bør derfor ikke ha noen skattemessige konsekvenser. Skattemessige konsekvenser vil være et element til motarbeidelse av en ellers fornuftig fusjon, fisjon eller aksjebytte.

²¹⁶ Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse på overføring av eiendeler, jf art 2 (c), da det her er selskapet som er mottaker av aksjene og artikkel 4 her er tilstrekkelig for å oppnå skattelempe.

²¹⁷ Jf ”Passages of the Explanatory Memorandum relating to Article 9”, Otmar Thömmes ECCTL. (Min oversettelse)

Men, det er normalt å kreve at der slike aksjer utgjør forretningsaktiva i en bedrift, bør en slik bedrift føre dem inn i regnskapsbøkene til samme verdi som aksjene i det overførende selskap.”²¹⁸

6.9.2.1 Hovedregelen om kontinuitet på aksjonærnivå

Artikkel 8, første ledd slår fast at utstedelse av aksjer som representerer kapitalen i det mottakende²¹⁹ eller overtakende²²⁰ selskap til en aksjonær i det overførende²²¹ eller overtatte²²² selskap, ikke i seg selv skal medføre beskatning, verken i form av inntektsbeskatning, overskudd/profitt eller kapitalgevinst²²³ for aksjonæren.

Utstedelsen av aksjer vil som hovedregel gjennomføres som fusjon ved kapitalforhøyelse. Forutsatt at de nye aksjer utstedes til nominell eller regnskapsført verdi, vil det ikke oppstå noen skattemessig gevinst på aksjonærnivå. Heller ikke dersom de nye aksjer utstedes til overkurs, vil overkursen utgjøre inntekt eller kapitalgevinst, når det ikke overstiger de verdier som overføres i de avgitte aksjer. Ved skattlegging av gevinst betraktes overkurs som et tilskudd som inkluderes i kapitalreservene i selskapet. Det legger dermed ikke grunnlag for verken skattemessig overskudd eller kapitalverdier fordelt på antallet utstedte aksjer.

Direktivet anvender begrepet ”exchange” når det beskriver utstedelsen av aksjer som betaling for de overførte aksjer, i tråd med reglene om aksjebytte. Ved fusjon og fisjon bør dette i tråd med intensjonene tolkes videre, slik at det omfatter alle tilfelle der aksjonærene i det overførende selskap mottar aksjer i det mottakende selskap.

Det opprinnelige forslaget fra 1969 ga bare skattefrihet for såkalte ”corporate shareholders”, dvs der aksjonærene selv var selskaper. I direktivets endelige form er denne begrensningen fjernet. Man fant at det ville innebære en urimelig

²¹⁸ Refererer seg til ”corporate shareholders”, se behandlingen nedenfor.

²¹⁹ Ved fusjon og fisjon

²²⁰ ved aksjebytte

²²¹ ved fusjon og fisjon

²²² ved aksjebytte.

²²³ Medlemsstatene skatter dette på forskjellig måte, og bestemmelsen er ment å sikre at ikke noen av disse skattemetodene blir anvendt på aksjonærnivå.

forskjellsbehandling, og ville kunne føre til at det ble opprettet selskaper som overtok aksjepostene kun for å komme inn under de fordelaktige skattelempereglene. Ved at man også har tatt inn begrepet ”value for tax purposes”, som gjelder for alle, i stedet for en henvisning til regnskapet, synes det klart at dette er lovgivers intensjon.

6.9.2.2 Presisering av hovedregelen – vilkår for skattelempe

Annet ledd oppstiller visse vilkår for denne friheten, og tar på denne måten hensyn til medlemslandenes ønske om å bevare sine skattefundamenter.

Første avsnitt sier at det er et vilkår for at første ledd skal komme til anvendelse, at aksjonæren som mottar vederlagsaksjen ikke søker å gi de mottatte aksjer en høyere skattemessig verdi enn de aksjene som er avgitt.

Skattelempe skal ikke resultere i at en aksjonær oppnår en uberettiget fordel på den måten at fritak går utover de skatter som tilkommer når en grenseoverskridende omorganisering finner sted. Derfor bør man bare tillate skattelempe når det er sikkert at grunnlaget for gevinstberegningen forblir den samme, dvs at inngangsverdien for de avgitte aksjer ikke endres.

Begrepet ”securities” er noe villedende, da det kan oppfattes som om det dekker konvertible gjeldsbrev mv. Begrepet bør derfor heller tolkes som ”equity securities” – aksjer av kapitalen.

6.9.2.3 Den endelige beskatning

Annet avsnitt sier at etterfølgende avhendelse av vederlagsaksjene kan skattlegges etter de regler som gjelder i medlemsstaten for skatt på realisasjonsgevinster. Slik senere skattlegging av gevinster ved bruk av de mottatte aksjer, oppstår ved alle typer overføring av fritak. Dersom slik senere skattlegging ikke var tillatt, ville overføring av latente gevinster som stammer fra de tidligere aksjer kunne resultere i fullt skatteunntak.

Dette er åpenbart ikke i tråd med intensjonen til direktivet, som har som overordnet formål å bare gi en utsettelse med beskatning, ikke fullt fritak.

6.9.2.4 Skattemessige verdier

Tredje avsnitt gir en egen definisjon av skattemessige verdier for denne bestemmelsen. Skattemessige verdier er her basisverdiene for aksjonæren for beregning av gevinst og tap ved inntekts-, overskudds- og kapitalgevinstbeskatning. Definisjonen er i hovedsak lik definisjonen som er gitt i artikkel 4. Det kan synes noe uhensiktsmessig at disse definisjonene er inntatt i den materielle del av bestemmelsene og ikke i den generelle definisjonsdel i artikkel 2.

6.9.2.5 Forholdet til annen kategorisering av beskatning.

Tredje ledd sier at der en aksjonær kan velge en annen form for skattlegging enn etter annet ledd, kommer ikke friheten i første ledd til anvendelse når denne valgmuligheten benyttes. Bestemmelsen tar særlig sikte på de tilfelle der det åpnes for en oppskrivning av aksjeverdiene uten skattlegging. Dette må ses i sammenheng med artikkel 4, tredje ledd. I artikkel 8 kommer den til anvendelse på aksjonærnivå, mens den i artikkel 4 kommer til anvendelse på selskapsnivå. Heller ikke for aksjonærer skal altså skattelempen medføre begunstigende beskatning av annen karakter enn gevinstbeskatning ved realisasjon.

6.9.2.6 Kontantvederlag

Fjerde ledd gir klart uttrykk for at kontantvederlaget som gis i tillegg til vederlagsaksjene er skattepliktige etter medlemsstatenes normale regler. Dette må ses i sammenheng med artikkel 2(a), 2 (b) og 2 (d) som forbyr skattefrihet for denne vederlagsformen. Henvisningen til denne bestemmelsen gir bare mening dersom

skattenøytralitet er innvilget for transaksjonen. Den normale løsning er at de opparbeidede gevinster må fordeles forholdsmessig på den delen som faller inn under aksjer, som kan overføres skattefritt, og på kontantbeløpet det skal betales skatt av til nominell verdi. Et annet alternativ er at det betales fullt ut skatt på kontantbeløpet, med en overførsel av de resterende gevinster til selskapet.

7 SE-forordningen

7.1 Innledning og bakgrunn

Societas Europea/ Det Europeiske selskap er ment å være et grenseoverskridende kapitalselskap i form av et aksjeselskap, som skal gjøre det enklere for flernasjonale bedrifter å planlegge og organisere aktiviteten i de land de driver eller ønsker å drive virksomhet. Målet er å skape en selskapsform som er underlagt en selvstendig lovgivning, slik at selskaper stiftet i de forskjellige medlemsland kan fusjonere, etablere et felles holdingselskap eller etablere et felles datterselskap²²⁴, samtidig som man unngår de juridiske og praktiske problemer som eksistensen av 15 forskjellige lands reguleringer medfører.

7.2 Forholdet til Fusjonsbeskatningsdirektivet

Det sentrale spørsmål i forhold til denne oppgaven, blir på hvilken måte dannelsen av et SE-selskap påvirker reglene i Fusjonsbeskatningsdirektivet. Utgangspunktet må være at de kvalifiserende selskapstyper og de vilkår som oppstilles for at det presumerte samtykke til skattelempe skal innvilges, fortsatt reguleres av Fusjonsbeskatningsdirektivet.²²⁵ Rettskildemessig vil derfor fortsatt direktivets gjennomslagskraft være avhengig av direktivers alminnelige gjennomslagskraft ift nasjonal rett, det vil i hovedsak si etter artikkel 224²²⁶ flg og prinsippene om forrang og direkte virkning.

²²⁴ Erik Werlauff, *"SE-selskapet – det europeiske aktieselskap"* Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002, s 2

²²⁵ Forordningen er av selskapsrettslig karakter.

²²⁶ Ex 189

7.2.1 Forholdet til fusjonsreglene

Den manglende felleseuropeiske selskapslovgivningen har tidligere ikke åpnet for en grenseoverskridende fusjon der et selskap i ett land overtar et selskap i et annet land. Nasjonalt har det ved opphør vært krav om likvidasjon av ett av selskapene. SE-forordningen åpner nå for en slik sammensmeltning, forutsatt at resultatet er et selskap som oppfyller kravene i forordningen.²²⁷ Skatterettslig blir resultatet at selskapet slipper likvidasjonsbeskatning ved at det overførende selskap ikke realiseres, og for øvrig under vilkår om at kravene i Fusjonsbeskatningsdirektivet er oppfylt.²²⁸

7.2.2 Forholdet til aksjebytte, overføring av eiendeler og opprettelse av holdingselskaper

For de transaksjoner som allerede er mulig å gjennomføre etter direktivet; aksjebytte og overføring av eiendeler, vil ikke SE-forordningen innebære særlig mer enn at selve stiftelsen av det nye selskap og filial underlagt denne vil være enklere å gjennomføre.

Når forordningen åpner for at man gjennom aksjebytte og overføring av eiendeler kan stifte et holdingselskap bør dette også ha betydning for tolkningen av art. 11 og om det tillater opprettelse av holdingselskap.²²⁹ Som nevnt under tolkningen av overføring av eiendeler over, har det vært reist tvil rundt spørsmålet om holdingselskaper som blir passive eiere er med på å gjøre driften mer effektiv²³⁰ og om det er med på å restrukturere og rasjonalisere aktivitetene i de deltakende selskaper.²³¹

²²⁷ Det eksisterer dog visse forbehold etter forordningen; for det første en vetorett for selskapenes hjemstat, dersom det kan påvises at den ikke er ønskelig utifra "public interest". For det annet kan det ikke senere brukes til senere å fusjonere med et annet SE-selskap eller aksjeselskap etter de medlemsstatenes regler, med mindre det også av dette dannes et SE-selskap.

²²⁸ Fusjonsbeskatningsdirektivets art. 2a.

²²⁹ Det henvises til at dette normalt vil skje ved aksjebytte, men dersom opprettelse av felles datterselskap overfører alle virksomhetsdelene i de 2 bedrifter til det felles datterselskap, jf også "hele eller dele av virksomheten" i den danske oversettelsen av Fusjonsbeskatningsdirektivets art 2c), vil det innebære at begge overførende selskaper vil bli stående igjen som holdingselskaper med aksjer i det felles datterselskap.

²³⁰ Som er nevnt som et sentralt formål i preambelets sjette ledd.

²³¹ Jf tolkningen av overføring av eiendeler, aksjebytte og art 11.

For meg virker det som om EU-medlemslandene således inntar det synspunkt at holdingselskaper er ønskelige og tjenlige. Når forordningen er bindende uten inkorporering i medlemsstatenes lovgivning,²³² antar jeg at dette vil påvirke tolkningen av Fusjonsbeskatningsdirektivet.

7.2.3 Vern av skattefundamenter ved utflytting

Et fellestrekk ved alle de selskapsdannelser som gjøres mulig ved SE-forordningen, er at det i større grad enn tidligere åpnes for at selskapene kan flytte hovedkontoret og virksomheten fra én medlemsstat til en annen. Både i forhold til kreditorer, medarbeidere og skattemyndigheter kan dette skape en usikker situasjon, på lik linje med grenseoverskridende transaksjoner som kvalifiserer etter Fusjonsbeskatningsdirektivet. Det er av denne grunn inntatt en bestemmelse i artikkel 8(14) som gir medlemsstaten ved nasjonal lovgivning eller i kraft av overholdelse av forordningen mulighet til å nekte samtykke til utflytting dersom ”samfunnsmessige hensyn” taler for dette. Det er interessant å se at man ved fortolkningen av dette begrepet vil kunne hente støttemomenter fra fortolkningen av artikkel 11 i Fusjonsbeskatningsdirektivet.²³³

7.3 Likebehandling med aksjeselskaper og likestilte selskaper

Det var ønsket, særlig fra Kommisjonen, å få inn regler om beskatning i forordningen. Dette ble det imidlertid ikke oppnådd enighet om, og det er derfor usikkert hvilken stilling SE-selskaper får på skatterettens område. I teorien er det antatt at når forordningens artikkel 9(2) oppstiller et krav om at en medlemsstat ikke må vedta spesialregler for SE-selskaper som er i strid med de underliggende selskapsdirektiver, så har man løftet disse direktiver opp på forordningsnivå, med den virkning at disse også må legges til grunn for SE-selskapet. Hvor langt man kan tolke dette er uavklart, men

²³² Jf traktatens art 224 (ex 189)

²³³ Werlauff, s 123

det bør nok legges til grunn at Fusjonsbeskatningsdirektivets skattelemperegler i hvert fall kommer til anvendelse på SE-selskaper.²³⁴

Det følger også av en naturlig tolkning av likestillingsbestemmelsen i EF art 12²³⁵, som har høyere trinnhøyde enn forordningen og direktivet. Når et SE-selskap er stiftet, innebærer det rett til samme skattemessige behandling som et aksjeselskap. Det medfører for det første at medlemsstaten ikke har rett til å beskatte det hardere enn et aksjeselskap, og for det andre, når det foretas en grenseoverskridende transaksjon, at SE-selskapet ikke kan underlegges strengere vilkår for skattelempe enn et aksjeselskap.

Dette taler for at Fusjonsbeskatningsdirektivet art 3, jf 1 bør tolkes utvidende til å omfatte SE-selskaper. Kommisjonen har for øvrig lagt opp til at Fusjonsbeskatningsdirektivet skal utvides til også å gjelde de virksomheter som vil bli drevet i SE-selskapets form²³⁶.

7.3.1 Medarbeiderspørsmål

Også reguleringen av SE-selskapet har bestemmelser for arbeidstakerrepresentasjon. Det var ikke mulig å få flertall for å få tatt inn regulering av disse spørsmål på forordningsnivå, og et kompromiss medførte at bestemmelsene ble vedtatt i direktivs form, som SE-forordningen uttrykkelig viser til.²³⁷ Til forskjell fra Fusjonsbeskatningsdirektivet er det ikke noe eksplisitt krav om at arbeidstakernes innflytelse på styrenivå ikke kan forringes, men dersom omdannelse til et SE-selskap medfører det, stilles det strenge krav til flertall i et oppnevnt brukerutvalg.²³⁸ I tillegg har også medarbeiderdirektivet en misbruksbestemmelse som kan benyttes dersom SE-selskapet benyttes med hovedformål, eller et av sine hovedsaklige formål å flytte

²³⁴ Nikolaj Vinther, "SE-selskabet og dets skatteretlige status" Tfs 2002. 693.

²³⁵ Ex art 6

²³⁶ **IP/01/1468** Bruxelles, den 23. oktober 2001

²³⁷ SE-forordningens art 1(4)(dansk versjon); "For medarbejderindflydelsen i et SE-selskab gælder bestemmelserne i direktiv 2001/86 EF"

²³⁸ 2/3 flertall av representantene for 2/3 av de berørte parter, jf medarbeiderdirektivets art 3(4).

virksomhet til et land med svakere vern for arbeidstakerne.²³⁹ Det er verdt å merke seg at SE-forordningen ikke oppstiller noen valgmulighet for om reglene skal inntas eller ikke. Ved eventuell likebehandling av SE-selskaper og selskaper som kvalifiserer etter Fusjonsbeskatningsdirektivet kan det oppstå spørsmål om hvilket regelsett som skal komme til anvendelse. Det behandles ikke nærmere her.

²³⁹ Medarbeiderdirektivet art 11.

Del 4. Norsk rett og sekundærretten – en sammenstilling

8 Norsk rett

8.1 Innledning, § 11-22

I det foregående har jeg gått igjennom norsk retts forhold til EF/EØS-retten generelt, og redegjort for det sentrale innhold i Fusjonsbeskatningsdirektivet. Jeg vil nå gå igjennom innholdet i norsk rett, og se på hvordan § 11-22 praktiseres i forhold til EU/EØS-rett og Fusjonsbeskatningsdirektivet, dvs ved å henvise til og sammenlikne med Fusjonsbeskatningsdirektivet og SE-forordningens regler.

Oppbygningen av regelsettene er forskjellige, og vanskeliggjør behandlingen. Det sentrale er imidlertid å se at begge regelsett har samme hovedmål for øyet; avveie hensynene til effektive bedrifts- og samfunnsøkonomiske omorganiseringer og vern av skattefundamenter.

Gjeldende regler er kategorisert etter de vilkår som oppstilles i § 11-22. I sammenlikningen kan det være tjenlig å ha i bakhodet den inndeling som ble gjort under behandlingen av Fusjonsbeskatningsdirektivet; Sammenlikning av anvendelsesområdet vil falle inn under ”generelt”(pkt 8.2.1.), kvalifiserende transaksjoner under ”Omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv”(pkt 8.2.2) og art 11 og behandlingen av de kvalifiserte transaksjoner under

”omstendighetene i særlig grad taler for det”(pkt 8.2.4). Momenter fra SE-forordningen må ses i lys av Fusjonsbeskatningsdirektivets regler.

Jeg vil som ved gjennomgangen av Fusjonsbeskatningsdirektivet behandle vilkårene på selskaps- og aksjonærnivå adskilt. Til slutt behandler jeg de prosessuelle spørsmål.

8.2 Selskapsnivå

Når det gjelder omorganiseringer med et grenseoverskridende element, er det søknadsbestemmelsen i § 11-22 som er av størst interesse.

Gjennomgangen bygger på St.meld nr 16 (1997-98) og Finansdepartementets gjennomgang i Ot.prp nr 1 hvert år, samt prinsipp- og forhåndsuttalelser.

§ 11-22 er et typisk ”fritt skjønn” etter forvaltningsrettens termer. Det følger av at bestemmelsen benytter begrepet ”kan” og de vage skjønnskriterier som bestemmelsen for øvrig trekker opp. Dette innebærer at det er opp til departementet selv å avgjøre om skattelempe skal innvilges eller ikke. Etter forvaltningsloven²⁴⁰ § 24 skal enkeltvedtak som hovedregel grunngis. Dette sikrer til en viss grad innsyn i prosessen og behandlingen, men i praksis vil imidlertid Finansdepartementet begrunne et avslag nettopp med at lovens ordlyd ikke er oppfylt. Etter de ulovfestede regler for domstolenes prøvelsesrett av det frie skjønn, vil de ved så vage lovkriterier ikke kunne overprøve selve skjønnet, men bare om og i hvilken grad det er relevante hensyn som er tatt i betraktning og avveiningen av disse – såkalt myndighetsmisbruk. Ved en eventuell klage²⁴¹ er det regjeringen som Finansdepartementets overordnede som er klageinstans. Mye tyder vel på at Regjeringen som forvaltningsorgan neppe besitter den nødvendige kompetanse for å overprøve en slik bred skjønnsvurdering og treffe noe nytt vedtak. Meg bekjent har det heller aldri forekommet. Således er skattelempningsinstituttet reelt sett underlagt en éinstansvurdering som forvaltningsrettslig og i henhold til maktfordelingsprinsippet er uheldig.

²⁴⁰ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

²⁴¹ Forvaltningsloven kap VI, §§ 28 flg

8.2.1 Generelt om § 11-22

De relevante alternativer i bestemmelsen ift oppgaven, er at Finansdepartementet kan gi samtykke til at realisasjon av virksomhet, aksjer eller andel skal kunne gjennomføres skattefritt, dersom visse grunner taler for det. Det kan også stilles vilkår til fritaket.²⁴²

Under behandlingen av Fusjonsbeskatningsdirektivet gikk jeg under punktet om anvendelsesområde igjennom hvilke selskapstyper som kvalifiserer etter direktivet, jf artikkel 3. § 11-22 avgrenser ikke retten til skattelempe etter hvilke selskapstyper som omfattes, men av at det er inntekt og skatt som oppstår ved realisasjon av virksomhet, aksjer og andeler. Således går norsk rett lengre i utstrekningen av hvilke selskapstyper enn det som er tilfelle i den någjeldende generelle regulering i EU-medlemslandene, selv om det medlemslandene i mellom er visse forskjeller. Danmark legger opp til at det er selskap underlagt "selskabsskat" som unntas, og det samme er tilfelle i Tyskland²⁴³. Den svenske reguleringen som ikke er opplistet i Fusjonsbeskatningsdirektivet, reguleres i Fusionslagen § 5. Svenskene har valgt å etablere like regler for nasjonale og grenseoverskridende transaksjoner, men har i Fusionslagen § 5 (2) begrenset hvilke utenlandske selskaper som kan nyte godt av reglene, for å være på linje med de andre landene i EU.²⁴⁴ Det er på det rene at selskapsformene som faller inn under disse lovreglene er snevrere enn i "corporation tax" i Storbritannia som omfatter foretaksskatt generelt. Dersom Norge var pliktig til å følge direktivet, hadde vi ikke behovd å gi skattelempe for andre selskapsformer enn aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Hvis Norge velger å lovfeste regler som omfatter også andre selskapstyper, kan resultatet bli en brist i gjensidigheten. Det er imidlertid ventet at omfanget av selskapsformer som

²⁴² § 11-22 (3) sier at det "til fritaket eller nedsettelsen kan knyttes vilkår, herunder med hensyn til bruken av vederlaget eller deler av det"

²⁴³ "Körperschaftsteuer"

²⁴⁴ Jf behandlingen av artikkel 3 over, der det fremgår at statene kan ta forbehold for at det ikke skal utnyttes at de har en mer liberal regulering enn andre medlemsland.

kvalifiserer etter direktivet vil bli utvidet i de nærmeste kommende år, så eventuelle negative effekter vil sannsynligvis snart jevnes ut.²⁴⁵

8.2.2 "Omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv"

8.2.2.1 Utgangspunkter

§ 11-22 legger begrensninger på adgangen til utsettelse med beskatningen. Departementet kan bare innrømme skattelempe "når realisasjonen er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv". Ordlyden tilsvarer Omdanningsloven avsnitt II, første ledd²⁴⁶, og det er således lang praksis for hva som godkjennes. Dersom søknaden kan påvise at endret eierstruktur vil gi effekter som, eller muligheter for, øket fremtidig vekst og inntekspotensiale/produktivitet, kan skattelempe være aktuelt. På inntektssiden vil dokumenterte synergieffekter som øket kompetanse, produktivitet samt utvidelse av markedsandeler være momenter som taler for at skattelempe inngis. På kostnadssiden vil kostnadssynergier og mer generelt; rasjonaliseringseffekter, trekke i retning av at samtykke gis. Derimot vil som regel ikke rene administrative og finansielle fordeler oppfylle ordlydens krav. Den nærmere grensegang trekkes i det følgende.

8.2.2.2 Ikke godtatte hensyn

Det at søknaden er begrunnet i en ren forenkling av eierstruktur som følge av felles styre, administrasjon og regnskapsførsel, er ikke i seg selv nok å påvise rasjonaliseringsgevinster. Det er heller ikke nok å vise til at transaksjonen er begrunnet i de muligheter det gir at ledelsen eller andre nøkkelpersoner kommer inn på eiersiden eller å påvise at endret eierstruktur vil gi bedre tilgang på kapital.²⁴⁷

²⁴⁵ Sec (2001) 1681 Final "Company taxation in the internal market", se også http://europa.eu.int/eur-lex/da/com/cnc/2001/com2001_0260da01.pdf

²⁴⁶ Før lovendringen i 1990, avsnitt I, første ledd

²⁴⁷ FIN gir ikke noen nærmere grunnngivelse, men det sentrale vurderingsgrunnlag er om effektene vedrører denne virksomhets fremtidige vekst og inntekspotensiale, noe det ikke har funnet tilstrekkelig godtgjort i disse tilfellene, jf St.meld nr 16 (1997-98) s.12 pkt 6.1.3

Finansdepartementet har avslått en søknad hvor alle aksjene i et norsk selskap skulle overdras til et nystiftet amerikansk selskap mot at de norske aksjonærene mottok aksjer i det amerikanske selskapet. Hovedbegrunnelsen for søknaden var at investorene befant seg i USA, og det var nødvendig med et amerikansk selskap for å synliggjøre verdier for å hente inn kapital. Dette var imidlertid, etter Finansdepartementets mening, ikke tilstrekkelig til å godtgjøre mer rasjonell eller effektiv drift.

Det kan diskuteres om dette synspunktet alene kan være grunnlag for et avslag. For et selskap som ønsker å hente inn kapital, som uten tvil er et forhold som kan styrke deres kommersielle overlevelses- og hevdelsesevne, er det viktig å synliggjøre de verdier som ligger i selskapet. Avslår man en søknad i et slikt tilfelle, kan det medføre at fusjonen ikke gjennomføres og at de verdier som ligger i selskapet ikke kommer frem i det potensielle overtakende firma, etter det man med økonomiske termer betegner ”konglomeratrabatt”. I en utsatt konkurransesituasjon og/eller en fase med store kapitalbehov, kan dette være ”make or break” for selskapet. Finansdepartementet har godtatt at dersom kapitaltilførselen knyttes til konkrete rasjonaliseringstiltak eller for å redde fortsatt drift, kan finansielle fordeler unntaksvis godtas. En sak fra 1996, som riktignok gjaldt 2 kommandittselskaper som fusjonerte, viser at Finansdepartementet innvilget skattelempe fordi fusjonen ville antas å øke den finansielle styrke i forhold til dette prosjektet, gi mulighet for mer effektiv likviditetsstyring samt rasjonaliseringsgevinster for den løpende administrasjonen. Etter Fusjonsbeskatningsdirektivet vil spørsmålet vurderes etter misbruksbestemmelsen i artikkel 11. Det må antas at kapitaltilgang etter direktivet må regnes som en akseptabel kommersiell grunn som ikke vil gi grunnlag for diskvalifikasjon.

Salg av eiendeler som rent bidrag til refinansiering, har heller ikke gitt grunnlag for lempning. Det er viktig å merke seg at det er forholdene i den nye enhet/mottakende selskap som er av interesse. Eventuelle effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekter knyttet til selgers gjenværende virksomhet, er ikke relevant. Så lenge kravene til transaksjonsformen overføring av eiendeler er oppfylt, vil salg av eiendeler godtas etter direktivet. Det presiseres at vederlaget kun kan bestå av aksjer til det overførende selskap.

8.2.2.3 Verdivurdering av vederlagsaksjer

Dette er et sentralt spørsmål. Hvilken synsvinkel man skal legge dette under ift Skattelovens § 11-22 kan diskuteres. Det riktigste er vel å se det i sammenhengen mellom kravet til rasjonalisering og effektivisering og Finansdepartementets mulighet etter tredje ledd til å sette vilkår for fritaket eller nedsettelsen.²⁴⁸

Problemet som oppstår er at det kan medføre en latent dobbeltbeskatning, ettersom både de overførte aktiva og passiva/aksjer og de mottatte vederlagsaksjer kan beskattes ved en senere realisasjon. Det samme problemet vil for øvrig oppstå ved tingsinnskudd etter konsernforskriften i § 11-21, men her vil RISK- reglene kunne avhjelpe dette ved mulighet for oppskrivning av inngangsverdiene.

Hovedregelen - dobbeltbeskatning

Norsk rett har så å si uten unntak²⁴⁹ oppstilt krav om at kjøper må avstå fra skattemessig oppskrivning av de oppkjøpte eiendeler. En dom om dette er inntatt i Utv. 1978 s. 484. Også selger har måttet verdsette de mottatte vederlagsaksjer til skattemessig verdi av de overførte eiendeler. Om inngangsverdien uttaler Finansdepartementet:²⁵⁰

”Gjennomgående settes det vilkår om at skattemessig inngangsverdi på vederlagsaksjene må tilsvare netto skattemessig verdi av de overførte eiendeler. Dersom vederlagsaksjene realiseres, blir gevinsten fastsatt med utgangspunkt i de overførte eiendeler skattemessige inngangsverdi på overføringstidspunktet og en andel av gevinsten tilsvarende de realiserte aksjer kommer til beskatning.”

Både de overførte eiendeler og vederlagsaksjene blir verdsatt til skattemessig verdi. Således blir senere gevinst av disse eiendeler beskattet både hos det overtakende

²⁴⁸ Nedsettelse benyttes ikke i praksis.

²⁴⁹ Pga FINs generelle gjennomgangsform, fremgår det bare i St.meld nr 16 (1997-98) pkt 6.2.7.3 at det ble ”i noen saker satt vilkår knyttet til de norske selgende aksjonærs inngangsverdi på vederlagsaksjene”.

²⁵⁰ Ot.prp nr.1 (2000-2001)

selskaps aksjonærer og hos aksjonærene som mottar vederlagsaksjer. Det foreligger dermed økonomisk dobbeltbeskatning.

Fusjonsbeskatningsdirektivet regulerer som redegjort for tidligere ikke dette spørsmålet, jf gjennomgangen av de kvalifiserende transaksjoner. Hovedregelen etter landenes implementering synes å være at det legges opp til dobbeltbeskatning.

I én sak²⁵¹, har man oppstilt et krav om at i tillegg til at den historiske kostpris (inngangsverdi) skal videreføres på vederlagsaksjene og senere salg skulle være skattepliktig til Norge, skulle et eventuelt salg det mottakende selskap foretok av de overførte aksjer beskattes på det overdragende selskaps hånd. Dette innebærer at det overførende norske selskap både skulle beskattes for salg av egne mottatte vederlagsaksjer og det mottakende selskaps salg av mottatte aksjer. Det virker noe besynderlig at det norske selskap skal beskattes for aksjesalg som ligger utenfor deres kontroll. Finansdepartementet ”rettferdiggjorde” tankegangen med en oppskrivningsrett på vederlagsaksjene iht omsetningsverdien av de solgte aksjer.

Noen slik regulering kan man ikke gjenfinne i Fusjonsbeskatningsdirektivet. Et slikt vilkår skaper utvilsomt ikke forutberegnelighet for skattyteren.

Unntak – eliminering av dobbeltbeskatning ved ”Participation exemption”

Dobbeltbeskatning er etter Fusjonsbeskatningsdirektivet i flere land søkt imøtekommet med mulighet for bortfall av beskatning av de mottatte aksjer etter reglene om ”participation exemption”, hvor det gjerne oppstilles et eiertidskrav²⁵². Eksempler på dette er Danmark og Tyskland, hvor man har slike eiertidskrav på hhv 3 og 7 år. Det er imidlertid ansett at dette går utover den ramme direktivet tillater etter artikkel 11.

I ett tilfelle er det også etter norsk rett oppstilt et eiertidskrav²⁵³. Saken gjaldt en søknad om skattelempe, der et norsk selskap ble overtatt av et utenlandsk. Norske aksjonærer

²⁵¹ jf St.meld nr. 16 (1997-98) s. 28

²⁵² Jf gjennomgangen av de kvalifiserende transaksjoner

²⁵³ jf St. meld. Nr 16 (1997-98) s. 23

måtte akseptere skatteplikt til Norge dersom det utenlandske selskap realiserte aksjene i det norske innen 10 år etter transaksjonene, uten fradrag for skatt betalt i utlandet. Et slikt norsk krav vil derfor være klart strengere enn hva direktivet legger opp til. Det må også påpekes at når et slikt vilkår ikke brukes konsekvent, vil det slå meget tilfeldig ut og være i strid med hensynene til forutberegnelighet og likebehandling.

Konklusjon

Verken norsk rett eller Fusjonsbeskatningsdirektivet løser problemstillingen om dobbeltbeskatning. Ettersom heller ikke EU-landene har klart å løse dette problemet, bør det inntil videre legges opp til at også norske skattemyndigheter kan benytte disse verdivurderingsprinsippene, selv om det kan innebære latent dobbeltbeskatning. Konkurranssevnen for norske bedrifter er dermed ikke svekket av at transaksjonene medfører en dobbel latent skattebyrde. Selv om det er et mål å unngå dobbeltbeskatning av hensyn til effektivitet og rettferdig skattemessig behandling, åpner det i så stor grad for omgåelse og svekkelse av skattefundamentene at disse hensynene nok må vike. Skulle man ved en revisjon av Fusjonsbeskatningsdirektivet eller innføring av regler for direkte beskatning i EU kreve at slik latent dobbeltbeskatning skal unngås, vil saken kunne stille seg annerledes.

8.2.2.4 Forholdet til overkurs

Et annet spesielt vilkår som Finansdepartementet i noen tilfeller har blitt oppstilt, og som i visse tilfeller går lenger enn Fusjonsbeskatningsdirektivets krav, er at det har blitt tatt inn vilkår om at innbetalt aksjekapital herunder overkurs skal settes lik netto skattemessig verdi på det overførte. Tilbakebetaling av aksjekapital utover innbetalt aksjekapital vil dermed måtte anses som utbytte²⁵⁴. Dette er noe kronglete formulert, men poenget er også her at eiendelene vil ha en skattemessig verdi hos overdragende

²⁵⁴ jf Ot.prp. nr 1 (2001-2002) s. 102.

selskap og denne må videreføres hos overtakende selskap. Med ”netto skattemessig verdi på det overførte” må menes den overførte verdi fra aksjonær til selskap, minus fradragsberettigede transaksjonskostnader han har ved ervervet. Et slikt vilkår kan begrunnes med omgåelseshensyn, men bør nok lovfestes og benyttes mer konsekvent.

8.2.2.5 Mor-datterfusjon

Samtykkepraksis viser at det er blitt nektet skattelempe ved fusjoner der et datterselskap går inn i et morselskap som ikke befinner seg i Norge, og som derfor faller utenfor reglene i § 11-1 flg. Finansdepartementet har som grunnlag for vurderingen lagt vekt på om det har vært mulig å kontrollere de overførte skattefundamenter.²⁵⁵ Det vil i praksis si at det må foreligge formell innsynsmulighet og praktisk kontrollmulighet i opprettholdelsen av tilknytningen av eiendeler i datterselskapet. Finansdepartementet presiserer at;

”Poenget er for så vidt ikke kontrollen med selskapet som sådan, men med selskapets økonomi og eiertransaksjoner av betydning for de i Norge skattepliktige aksjonærer”

Det sentrale her må være betydningen for de i Norge skattepliktige aksjonærer, dvs at eiendelene ikke skal flyttes ut av landet og redusere gevinsten for de norske aksjonærer.

Fusjonsbeskatningsdirektivet oppstiller ikke et vilkår om slik innsyn- og kontrollmulighet, men det følger av artikkel 4 at de overførte eiendeler skal knyttes ”effektivt” til det faste driftssted, dvs det overførte datterselskap. Implisitt i dette kravet må det ligge en kontrollmulighet, da transaksjonen ellers vil diskvalifisere for skattelempe. Behandlingen av mor-datterfusjon må således være på linje.

8.2.2.6 Konserntilknytning

Dersom det er snakk om en konsernfusjon, har man i norsk rett i senere tid oppstilt et krav om at den innvilgede skattelempe tilbakeføres til beskatning dersom den nylig

²⁵⁵ Ot.prp nr. 1 (2003-2004) pkt 21.5.2

oppnådde konserntilhørighet opphører.²⁵⁶ I forhold til Skatteloven § 11-22 er det vel riktigst å vurdere dette under spørsmålet om det foreligger et tilstrekkelig element av rasjonalisering og effektivisering, selv om det også vil ha en side mot vern av skattefundamenter, jf vilkåret om at omstendighetene i særlig grad taler for det, under.

Fusjonsbeskatningsdirektivet oppstiller ikke noe krav om konserntilknytning, og regulerer heller ikke konsernfusjoner spesielt. Flere land, deriblant Tyskland og Sverige²⁵⁷, har imidlertid regler om konserntilknytning. I forhold til disse vil ikke norske bedrifter stilles dårligere om det ved fusjon i konsern oppstilles krav om fortsatt konserntilknytning. Bakgrunnen for et slikt krav er at slike transaksjoner ofte kan skje til en fiksert pris, og dette vil kunne åpne for tilpasninger ved et senere salg til utenforstående bedrifter eller konsernopphevet.

8.2.2.7 Overføring av eiendeler

Overføring av eiendeler etter norsk rett kan vurderes etter Skatteloven § 11-21 og forskrift til denne i § 11-21-1 til § 11-21-10, og etter Skatteloven § 11-22.

Reglene om konserninterne overføringer begrenser seg etter loven til norske selskaper, men er pga ikke-diskrimineringsbestemmelser i skatteavtalene tolket utvidende til å gjelde utenlandske selskapers filialers overføringer til norske selskap²⁵⁸ og overføringer fra et norsk datterselskap til en utenlandsk filial²⁵⁹. Det tillates således overføring og utskillelse av en virksomhetsdel av et utenlandsk selskap til et norsk selskap etter denne bestemmelsen, dersom det eksisterer en konserntilknytning og denne ikke brytes.²⁶⁰

Foreligger det ikke konserntilknytning, eller overfører en i utlandet beliggende filial av et norsk selskap en virksomhetsdel til et utenlandsk selskap, kommer ikke § 11-21 til

²⁵⁶ Jf Ot.prp nr 1. (2001-2002) s. 102, og (2003-04) pkt 21.5.2

²⁵⁷ Inkomstskattelagen kap 25, §§ 6-27

²⁵⁸ Uttalelse fra Finansdepartementet 9. april 2002

²⁵⁹ Jf. rettsforlik inngått vinteren 2003 med Finansdepartementets godkjenning samt muntlig tilbakemelding fra Finansdepartementet.

²⁶⁰ jf Ot.prp nr 1 (2003-2004)

anvendelse. Da er ikke begge selskaper hjemmehørende i Norge. I disse tilfellene må man søke om skattelempe for overføring av eiendeler etter § 11-22.

Om overføring av eiendeler etter § 11-22, uttales det i St.meld nr 16 for (1997-98) pkt 7.6 4de avsnitt at;

”..videre foreligger det lempningsbehov for alle typer transaksjoner med implikasjoner over landegrensene. Praksis har avdekket at lempning særlig er aktuelt ved transaksjoner som kan anses som fusjoner over landegrensene, samt ved overføring av aksjer/eiendeler i norske selskaper til utenlandske foretak/eiere mot vederlagsaksjer eller mellom utenlandske konsernselskaper”.

Finansdepartementet åpner således for at overføring av eiendeler kan være en kvalifiserende transaksjon ved grenseoverskridende omorganiseringer, dersom de øvrige vilkår i § 11-22 er tilstede. Så langt er man på linje med Fusjonsbeskatningsdirektivets regler.

Overføring av aksjer som tingsinnskudd

Finansdepartementet har gitt samtykke der et selskap har overført aksjer som tingsinnskudd fra et selskap til et annet, mot vederlag i aksjer.²⁶¹

Ser man hen til hvordan direktivet er blitt tolket i dansk rett, går norsk rett her lenger enn direktivet legger opp til. Det er her snakk om en overføring av eiendeler. En ren overføring av aksjer har ikke blitt ansett å oppfylle kravet til ”eiendeler”, og samtykke har i et slikt tilfelle blitt nektet.²⁶²

Incorporation of branch

Overføring av fast driftssted til datterselskap av det mottakende selskap er i teorien viet stor interesse. Problemstillingen er nevnt under gjennomgangen av Fusjonsbeskatningsdirektivets artikler 9 og 2c. Av drøftelsen fremgår det at

²⁶¹ Ot.prp nr. 1 (2003-2004) pkt 21.5.4

²⁶² Ligningsrådets avgjørelse 21.mars 2000

inkorporering av fast driftssted i et selskap ikke er en rettighet som kan leses direkte ut av direktivet, men at gode grunner taler for at en slik rettighet bør foreligge.

Norsk rett regulerer ikke dette spørsmålet direkte, men i Ot.prp nr 1 for 2003-2004 er det gjengitt et tilfelle der et dansk selskap overførte en virksomhetsdel beliggende i Norge til et nystiftet norsk selskap. Det nystiftede selskap ble umiddelbart etter fusjonert med det danske morselskap, og det forelå således et konsernforhold som gjorde at § 11-21 kom til anvendelse. Overføringen her er altså i første omgang en inkorporering av en virksomhetsdel i et norsk selskap, og det er det som er relevant i denne forbindelse. Etter § 11-21 er det ikke noe krav om at omorganiseringen skal medføre rasjonalisering og effektivisering eller noe krav om at vederlaget hovedsakelig skal erlegges i aksjer, men jeg legger til grunn at disse vilkårene kan være oppfylt. Da vil transaksjonen kunne gjennomføres etter § 11-22 og uansett om det foreligger konserntilknytning eller ikke.

Man kan derfor sannsynligvis legge til grunn at norsk rett dermed åpner for inkorporering av en virksomhetsdel. Denne vurderingen var imidlertid implisitt i den totalvurdering som ble gjort, og det er uklart om Finansdepartementet ville lagt det samme til grunn dersom resultatet av inkorporeringen ble en konstant tilknytning til et selskap.

8.2.2.8 Aksjebytte

Skatteloven har ingen direkte definisjon av aksjebytte, og heller ikke denne formen kvalifiserer for skattelempe etter henvisningen til asl/asal kapittel 13.²⁶³ I praksis er den imidlertid utbredt, og i Ot.prp nr 1 for 2001-2002, omtales det som

”Konserndannelse i utlandet ved bytte av aksjer i selskap hjemmehørende i Norge mot aksjer i selskap hjemmehørende i utlandet, og ved bytte av aksjer i selskaper hjemmehørende i utlandet”

²⁶³ Lov av 13.juni 1997 nr 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)/
Lov av 13.juni 1997 nr 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Når det gjelder vederlaget, vil behandlingen av inngangsverdien på det overførte og vederlaget for det alt vesentlige være sammenfallende med det som allerede er nevnt - at implementeringen og norsk rett som den store hovedregel innebærer dobbelt latent skattebyrde. I motsetning til ved fusjon, fisjon og overføring av eiendeler, har Danmark gitt adgang til oppskrivning til markedsverdi for vederlagsaksjer.

Med unntak av Danmark vil norske skattytere generelt ikke bli behandlet mindre fordelaktig enn skattytere i andre EU-land. Konkurransenevnen vil derfor ikke svekkes nevneverdig.

8.2.2.9 Fellesspørsmål for overføring av eiendeler og aksjebytte

Selv om man kommer til at § 11-22 omfatter overføring av eiendeler og aksjebytte, åpner den sparsommelige rettskildesituasjonen for tvil om forholdet til direktivets regulering.

Opprettelse av holdingselskap

For det første kan man stille seg spørsmålet om lovgiver ved en lovendring vil legge til rette for at overføring av eiendeler og aksjebytte kan medføre opprettelse av et holdingselskap.

Samtykkepraksis viser at Finansdepartementet har inntatt en kritisk holdning til passive bedrifter. Der det etableres selskaper for å sikre bedre kapitaltilgang ved emisjoner, har Finansdepartementet nektet å innvilge skattelempe, av den grunn at det ikke er gjort for å oppnå rasjonalisering og effektivisering.²⁶⁴ Standpunktet modifiseres noe ved at det åpnes for at slike finansielle fordeler kan medvirke til at kravet om at selskapet blir mer ”rasjonelt og effektivt” er oppfylt der en kapitaltilførsel skal benyttes til konkrete rasjonaliseringstiltak eller redde fortsatt drift.²⁶⁵ Hvor grensen går, er dog vanskelig å lese ut i fra de årlige redegjørelser i Ot.prp nr 1.

²⁶⁴ Ot.prp nr 1 for (2000-2001) og (2001-2002).

²⁶⁵ St.meld nr 16 (1997-98) pkt 6.1.3.

Ved aksjebytte har Finansdepartementet avslått 2 søknader ved ”integrasjon” av selskaper, når det har blitt opprettet et nytt holdingselskap i utlandet hvor de overførte aksjer kun skulle brukes som tingsinnskudd, og således sikre egenkapitalen i det opprettede selskapet. Vurderingen av kriteriene i § 11-22 vil være de samme som over. Etter departementets mening (2000-2001) har disse selskapene liten aktivitet og kompetanse, og det vil ikke foreligge noe grunnlag for relevante effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekter utover det selve flyttingen medfører. Dermed er heller ingen samfunnsøkonomisk gevinst plausibel.

Denne holdning ligger nok i grenseland for hva som ville vært tillatt etter artikkel 11, jf fortolkningen av ”kommersielle grunner”. Legger man prinsippet i *Leur-Bloem*²⁶⁶ til grunn, vil det uansett måtte vurderes konkret i det enkelte tilfelle om denne transaksjonen har kommersielle grunner for seg eller ikke. Om målet er lik behandling som hos våre viktigste handelspartnere, burde Finansdepartementet også gjennomføre sine vurderinger på samme grunnlag og med samme metode.

Det kan virke som om Finansdepartementet nærmest har oppstilt en presumsjon for at det i slike tilfeller ikke foreligger tilstrekkelige bedriftsøkonomiske grunner til at opprettelse av holdingselskap bør godtas. En nærmere gjennomgang av premissene vil kunne være opplysende, men etter min mening bør det i hvert fall unngås å gi avslag av den prinsipielle grunn at holdingselskaper medfører en gunstigere skattemessig posisjon og at det er passivt. En vurdering ut i fra om holdingselskapet vil bidra positivt bedriftsutviklingsmessig, mener jeg er en mer nyansert tilnærming til spørsmålet. Eventuelle avslag bør begrunnes i at det er rene skattemessige betraktninger som ligger til grunn, ikke at de er en del vurderingen.

Av behandlingen av SE-forordningen over kommer det frem at man ved inntakelsen av dette legger til grunn at opprettelse av holdingselskaper må godtas. Norge som etableringsland/hjemstat kan bli mindre attraktivt dersom vi ikke innretter oss på samme måte. Det vil kunne redusere vår konkurransekraft overfor våre handelspartnere.

²⁶⁶ C-28/95, *Leur-Bloem*, ECR [1997] I-4161

Kontantvederlag

For det andre er det spørsmål om hvordan norsk rett skal ta stilling til kontantvederlaget ved slike transaksjoner.

Ved fusjoner og fisjoner som kvalifiserer for skattelempe etter Skatteloven § 11-1 flg, jf asl/asal kap 13 og 14 godtas kontantvederlag. Aksjebytte faller inn under begrepet ”fusjonslignende transaksjoner”²⁶⁷, og det samme bør kunne legges til grunn iht praksis fra 11-22.²⁶⁸

Om man på samme måte som i direktivet vil anse at det ved overføring av eiendeler ikke eksisterer et tilsvarende behov, har jeg få holdepunkter for å trekke noen slutning om. Som redegjort for under behandlingen av overføring av eiendeler etter Fusjonsbeskatningsdirektivet, har man kommet til at kontantvederlaget i hovedsak er begrunnet i praktiske hensyn og forholdet til minoritetsaksjonærer. Så lenge det er selskapet som er mottaker av aksjene oppstår ikke slike problemstillinger. Det taler for at kontantvederlag ikke bør godtas her.

Skattelovens § 11-1 flg regulerer ikke vertikal fisjon, dvs utskillelse av et datterselskap hvor morselskapet ikke opphører.²⁶⁹ Etter § 11-21 kan et selskap overføre eiendeler i konsern til et datterselskap, dersom de øvrige vilkår er tilstede. Om man kan benytte samme fremgangsmåte etter § 11-22, er likevel usikkert. Hensynet til likebehandling med norske aktører taler mot dette. Om man ville tillate det, ville det normalt innebære at vederlagsaksjene erlegges til aksjonærene i morselskapet – ikke det overførende selskap som etter direktivet. I så tilfelle kan hensynet til minoritetsaksjonærer tilsi at kontantvederlag bør kunne gis. Dersom man velger å følge direktivets ordning, med utstedelse til selskapet, er det som nevnt ikke behov for kontantvederlag.

Heller ikke etter norsk rett gis det skattelempe for selve kontantvederlaget, men kontantvederlag innenfor en viss grense diskvalifiserer ikke for skattelempe. Grensen

²⁶⁷ slik det ofte benevnes i den årlige gjennomgang i Ot.prp. nr 1

²⁶⁸ se også Ot.prp. nr 1 (2002-03)

²⁶⁹ også benevnt uekte fisjon.

for tillatt kontantvederlag er noe høyere enn etter direktivets modell, dvs 20 % mot direktivets 10%.

Av bedømmelsen av 20%-kravet i Ot.prp. nr 1 (2001-02), kan man slutte at kravet er at dersom noen aksjonær skal få over 20% i kontantvederlag, må det totale vederlag fordeles med minimum 80% aksjevederlag. Det oppstilles ikke noe krav om at det er 1) selve overtakelsestransaksjonen av 2) stemmeflertallet som er kvalifiserende.

Finansdepartementet arbeider iht nevnte Ot.prp med utarbeidelse av klarere regler for kontanvederlaget.

Det bemerkes at Fusjonsbeskatningsdirektivet legger opp til at 10%-regelen beregnes ut i fra pålydende eller regnskapsmessige verdi ift regnskapsmessig egenkapital, mens 20%-regelen legger de reelle verdier til grunn.²⁷⁰

8.2.3 "Påtakelig at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen"

Skattelempe kan bare gis når det "er påtakelig at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen". Det er her ordet "påtakelig" som er av størst interesse. Det har blitt tolket som et krav om at transaksjonen ikke må vedtas eller iverksettes før det er søkt om skattelempe. Dersom transaksjonen allerede er gjennomført når søknaden behandles – eller det er klart at den vil bli gjennomført uavhengig av søknadens utfall - vil det ikke ligge an til skattelempe. Finansdepartementets mening er vel at dersom man gjennomfører transaksjonen uten at skattelempe er innvilget, så tyder dette på at skattelempen i seg selv ikke er avgjørende for om transaksjonen skulle gjennomføres.

Oftest vil transaksjonen være bindende avtalt forut for søknaden. Dette er ikke til hinder for å søke om skattelempe, men selve gjennomføringen av transaksjonen ("closing") må da være gjort betinget av at det gis lempe. Betingelsen må være reell, slik at partene ikke lenger er bundet til å gjennomføre transaksjonen dersom departementets svar er negativt. Søknader som gjelder allerede gjennomførte transaksjoner vil bare helt

²⁷⁰ Jf Gjems-Onstad "Bedriftsskatterett" pkt 43.9.3a

unntaksvis bli innvilget.

Finansdepartementet uttaler i Ot.prp nr 1 (2000-2001) at gjennomføring av transaksjonen 7 mndr før er for lang tid;

”Det er dermed ikke påtakelig at en utsettelse med beskatningen ville lette omorganiseringen”.

Dette er etter min mening i det minste noe unyansert. Har man gjennomført en transaksjon i januar, og det skal beskattes et senere år, er det ikke dermed sagt at man ikke har kalkulert med skattelempe. Kravene til hurtig omstilling og effektiv [om]organisering bortfaller ikke selv om man ikke har søkt om skattelempe før i august måned. Her oppstiller man de facto et formkrav om når søknad skal sendes inn, noe som ikke er sentralt i vurderingen av om det er nødvendig for å gjennomføre ellers finansielt sett tjenlige organisasjonsmessige omorganiseringer.

I forhold til direktivet, må man vurdere om det foreligger kommersielle grunner for omorganiseringen eller ikke, etter en individuell og konkret vurdering. Manglende søknad kan være et moment i vurderingen, men dersom det foreligger andre kommersielle grunner, vil det godtas etter direktivet. Å oppstille en presumsjon for at det ikke foreligger behov for omorganisering etter artikkel 11, vil gå utover de rammer direktivet oppstiller. Man kan derfor ikke oppstille noe krav om at søknaden skal komme inn på forhånd etter direktivet. Det skaper sikkerhet for kravet på skattelempe og forutberegnelighet for de involverte parter.²⁷¹

8.2.4 ”Omstendighetene i særlig grad taler for det”

Videre følger det av loven at skattelempe bare kan gis ”når omstendighetene i særlig grad taler for det”.²⁷² Det sentrale er at det norske skattefundamentet ikke svekkes ved

²⁷¹ Må modifiseres noe i de stater hvor det er oppstilt krav om forhåndsgodkjennelse, men noe tilknytning til et ”påtakelighetskrav” eksisterer ikke.

²⁷² Skatteloven § 11-22(2).

gjennomføringen av omorganiseringen med skattemessig kontinuitet. Derfor oppstilles det vilkår om videreføring av de skattemessige verdier, begrensning i bruk av kontantvederlag og tilknytning til en filial eller fast driftssted, slik at man sikrer endelig beskatningsrett for de latente kapitalgevinster.

Jeg har allerede behandlet forholdet til kontantvederlag. Her behandles forholdene rundt den endelige beskatning, skatteflukt og underskuddsfremføring.

8.2.4.1 Vilkår om den endelige beskatningsrett til Norge

Spørsmålet om skattlegging ved skattelempens opphør må kunne kategoriseres under kravet til at ”omstendighetene i særlig grad taler for det”, etter det innhold vilkåret har fått i Finansdepartementets tolkning.

Praksis fra Finansdepartementet viser i flere tilfeller at det har blitt innvilget utsettelse med skattekonskvenser under vilkår av overføring av inngangsverdi og senere skatteplikt for gevinst, uten mulighet for fradrag for skatt betalt i utlandet. På aksjonærnivå oppstilles det krav om at vederlagsaksjene skal anses realisert når det tas fast opphold i utlandet, jf bestemmelsene i ligningsloven § 4-7 nr 6 og nr. 7. Av mer kjente saker, kan nevnes aksjebyttet mellom aksjonærene i norske Nycomed ASA og Amersham International plc til Amersham International plc.

Beskatning ved det endelige salg av eiendelene skjer som hovedregel i Norge. Men; i og med at det kreves at det knyttes til et fast driftssted, vil beskatningen være avhengig av den skatteavtaleregulerte beskatningsmåten. Er det faste driftssted beliggende i et land Norge har skatteavtale med, og man benytter unntaksmetoden, vil alle inntekter knyttet til det faste driftssted, også gevinst ved eventuelt salg av driftsstedet beskattes i det land det faste driftssted ligger.

Benyttes kreditmetoden²⁷³, må man foreta en beregning både i det faste driftssteds stat, og i Norge. Ved beskatning i Norge vil det bli ytt kredit for den skatt som er utlignet og

²⁷³ Kreditmetoden er et samlebegrep. Det benyttes flere alternativer i norske skatteavtaler, blant annet den alternative fordelingsmetoden i de nordiske skatteavtaler. Om emnet, se Liland/Nordbø ”*Internasjonal Skattehåndbok*” pkt 2.2.3 flg.

betalt i fast driftsstatsstaten, herunder også skatt på gevinst ved salg av hele eller deler av filialen.

Eksisterer det ingen skatteavtale, blir løsningen den samme som der kreditmetoden anvendes etter Skatteloven § 16-20.

Man kan slutte av dette at dersom det gis skattelempe for overføring av eiendeler, hvor det overførende selskap er beliggende i Norge, og det mottakende selskap beliggende i utlandet, vil eiendelene etter Fusjonsbeskatningsdirektivet bli knyttet til et fast driftssted i Norge. Beskatning av dette vil etter alle skatteavtaler, enten det gis unntak eller kredit, kunne bli beskattet i Norge for løpende inntekter og eventuell senere gevinst, ettersom kravet i artikkel 4 ikke lenger er oppfylt dersom eiendelene føres ut av landet.

De norske reglene for slik beskatning er per i dag noe mangelfulle, da ikke all utflytting resulterer i beskatning.²⁷⁴ Direktivet oppstiller ikke noe krav om at eiendelene som er overført/forblir i et fast driftssted må bibeholdes her etter transaksjonen. En konsekvens av dette kan være at norsk rett vil åpne for utflytting av eiendelene uten beskatning i etterkant av den foretatte transaksjon. I et slikt tilfelle vil riktignok den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kunne komme til anvendelse ved at man konstaterer at transaksjonene som helhet hadde skatteformål som sitt hovedsaklige eller et av de hovedsakelige formål og trekke fordelene av skattelempen tilbake. Dette vil også ligge innenfor rammene av art 11. Det mest tjenlige er vel imidlertid å innta regler som på mer generelt grunnlag sørger for beskatning ved den endelige utflytting av verdier eller i det minste at eiendeler overført etter kontinuitetsreglene forfaller til beskatning ved utflytting.

Per i dag vil ikke norske skattefundamenter være tilstrekkelig sikret om Fusjonsbeskatningsdirektivets ordning tillempes.

Er det overførende selskap beliggende i utlandet, og det mottakende selskap norsk, vil det også her stilles krav om at de overførte eiendeler knyttes til et fast driftssted i det

²⁷⁴ Skatteloven §§ 14-60 flg, jf også NOU 2003: 3 pkt 13.3.4,
<http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/utredninger/NOU/006001-020018/index-hov013-b-n-a.html>

overførende selskaps hjemstat. Dette berøres for øvrig ikke av de norske myndigheters jurisdiksjon, da det ikke er tillagt norske skattemyndigheter å beskatte gevinst ved opphør eller omorganisering av i utlandet beliggende selskaper.²⁷⁵

8.2.4.2 Misbruksbestemmelser

§ 11-22 oppstiller eller henviser ikke til noen misbruksbestemmelse. Evt nektelse av skattelempe innvilges bare etter en tolkning av om ”omstendighetene i særlig grad taler for det”.

Fusjonsbeskatningsdirektivet art 11 sier ingenting om hvordan den skal håndheves, så lenge anvendelsen av den holder seg innenfor rammene for en konkret og individuell bedømmelse av om transaksjonen har skatteunngåelse eller skatteflukt som hovedformål eller et av sine hovedsaklige formål, herunder om det foreligger kommersielle grunner som blant annet effektivisering og rasjonalisering og at det ikke foreligger planer om eller gjennomføres et hurtig tilbakesalg/videresalg av aksjer.²⁷⁶

I Sverige dekkes misbruksvurderingen delvis av den lovfestede Skatteflyktslagen og delvis av et ulovfestet prinsipp om Genomsyn (tilsvarer i stor grad den norske gjennomskjæringsbestemmelsen). I Danmark oppstiller man krav om forhåndssamtykke for de fleste transaksjonsformer. Ingen av disse formene har blitt ansett å være i strid med artikkel 11.

En administrativ stillingtagen til om omorganiseringen er begrunnet i skatteformål, kan dermed ikke sies å gå utover Fusjonsbeskatningsdirektivet og således stille norske bedrifter svakere enn de som er hjemmehørende hos våre handelspartnere i EU.

Spørsmålet blir dermed om selve vurderingen etter § 11-22 går lenger enn artikkel 11 tillater. Etter norsk rett vurderer man ikke om det foreligger misbruk, men om det

²⁷⁵ modifikasjon for Nokus-selskaper, men det behandles ikke her.

²⁷⁶ artikkel 11 oppstiller også et krav om at arbeidstakernes rettigheter ikke forringes, jfr art 11(1)b og 11(2), men dette er ikke berørt i norsk rett og vurderes derfor ikke mer inngående.

foreligger et behov for omorganiseringen. Man må derfor undersøke om behovsvurderingen går lenger enn vurderingen av kommersielle grunner i direktivet. Det kan være tjenlig å se hen til vurderingen av omorganisering som følge av kapitalbehov, påtakelighet og opprettelse av holdingselskap;

Samtykkeordningen viser praksis for at det ikke tillates samtykke i de tilfelle hvor man gjennomfører en transaksjon for å få bedre tilgang på kapital. Dette spørsmålet reguleres ikke direkte i direktivet. Spørsmålet blir om transaksjonen som sådan vil kvalifisere, det vil si om det er en fusjon, fisjon, overføring av eiendeler eller aksjebytte innenfor direktivets rammer og om det foreligger kommersielle grunner etter artikkel 11. Endring av eierstruktur som kommersiell grunn må tolkes i lys av formålet med direktivet; lettelse av omorganiseringer og eliminasjon av skattehindre og det overordnede kravet om et fungerende indre marked i EU. Det må antas at en slik motivasjon tillates etter direktivet. Behovsvurderingen synes derfor å gå lenger enn en tolkning av artikkel 11.

Påtakelighetskravet som oppstilles i norsk rett er tolket som et fristkrav for når søknad om omorganisering er kommet inn til Finansdepartementet. Dersom søknaden ikke er kommet inn i forkant eller umiddelbart etter, er det ansett at behov for kontinuitet ikke foreligger. Man kan ikke tolke inn et slikt krav i direktivet, og det kan ikke konstateres med hjemmel i artikkel 11 at det da ikke foreligger kommersielle grunner for omorganiseringen.

Ved opprettelse av holdingselskap har Finansdepartementet gjentatte ganger lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for rasjonalisering og effektivisering, og at det derfor ikke er behov for omorganiseringen og følgelig ikke skattemessig kontinuitet. Det er viktig å merke seg at rasjonalisering og effektivisering både er et av de uttalte formålene med direktivet og oppregnes som en godtakbar kommersiell grunn. Både i behandlingen av direktivet og norsk rett er det gitt uttrykk for tvil om opprettelse av holdingselskaper kan godtas etter en tolkning av regelsettets ordlyd og formål. Jeg kan derfor ikke her konkludere med at norsk retts behovsvurdering går lenger enn hva som ville tillates etter artikkel 11.

Oppsummeringsvis må det kunne legges til grunn at behovsvurderingens rammer etter samtykkepraksis er noe videre enn de som er gitt etter artikkel 11, selv om vurderingen i

noen tilfelle vil være sammenfallende med vurderingen av kommersielle grunner etter direktivet. I forbindelse med holdingselskaper kan det påpekes at inntakelsen av SE-forordningen åpner for dannelse av holdingselskaper, noe som vil påvirke tolkningen av direktivet i retning av at kommersielle grunner må antas å foreligge. Man ser altså at kommersielle grunner utvides på bekostning av misbrukssituasjonene. En nærliggende slutning vil være at området for misbrukssituasjoner etter direktivet innsnevres og avviker i økende grad fra behovsvurderingen etter samtykkeordningen. Jeg legger derfor til grunn at vurderingene er forskjellige i de to regelsett, og at utviklingen går i retning av økte ulikheter.²⁷⁷

8.2.4.3 Fremføring av skatteposisjoner og underskudd.

Retten til fremføring av skatteposisjoner og underskudd reguleres etter Fusjonsbeskatningsdirektivet i artiklene 5 hhv 6 for de tilfelle hvor den angjeldende transaksjon er kvalifisert for skattelempe, jf behandlingen av Fusjonsbeskatningsdirektivet. Det vil derfor være noe søkt å behandle det under vilkårene om rasjonalisering og effektivisering eller ”omstendighetene i særlig grad taler for det”. Det sentrale er imidlertid at det er en avveining av forholdet mellom effektivisering og vern av skattefundamenter, og jeg vil derfor plassere det her.

Fremføring av skatteposisjoner og underskudd er mest aktuelt ved fusjoner og fisjoner. Ved aksjebyttesituasjoner foretas det ikke noen oppløsning av selskapet, og overføring av underskuddsfremføringsrettigheter vil heller ikke være aktuelt. Ved overføring av eiendeler gjelder langt på vei samme utgangspunkt, men underskuddsfremføringsretten kan etter de ulike lands rett være avhengig av hvor aktiva befinner seg. Av gjennomgang av samtykkepraksis har jeg ikke funnet informasjon om hvordan dette behandles ved transaksjoner som innvilges kontinuitet. For transaksjoner som faller inn under §§ 11-1 flg fremgår det av § 11-7(1) annet pkt. at skatteposisjoner skal overføres med kontinuitet. Etter fjerde ledd i samme bestemmelse må begrepet skatteposisjon omfatte underskudd. Av fjerde ledd er det gitt en begrensning for de tilfelle hvor transaksjonen som helhet er motivert av fremføring av slike posisjoner. Disse posisjonene vil da bortfalle, selv om transaksjonen for øvrig vil kunne gjennomføres.

²⁷⁷ Det presiseres at Finansdepartementet kan tilpasse behovsvurderingen ut i fra disse forhold.

Det er åpent om det samme vil være tilfelle ved behandling av overføring av eiendeler som kvalifiserende transaksjon for kontinuitetsbeskatning. På den ene siden kan man hevde at overføringen av aktiva medfører samme rettslige stilling for underskuddet som ved en fusjon eller fisjon, mens man på den annen side må ta høyde for at rettssubjektet fortsetter å eksistere.

Etter direktivet opererer man med et skille mellom skatteposisjoner som skyldes resultatforskjeller mv og underskuddsfremføring. Mens det oppstilles en klar plikt til å gi rett til fremføring av skatteposisjoner, er retten til underskuddsfremføring avhengig av hvordan intern rett regulerer dette. Direktivet har ingen spesiell misbruksbestemmelse for bortfall av skatteposisjoner – det må eventuelt vurderes etter artikkel 11, og da vil hele transaksjonen kunne diskvalifisere.²⁷⁸ Det presiseres at innholdet i § 11-7 ikke kan innfortolkes i § 11-22 så lenge dette ikke fremgår uttrykkelig fra samtykkepraksis.

8.2.4.4 Beskatning av fast driftssted beliggende i utlandet

Artikkel 10 i Fusjonsbeskatningsdirektivet omhandler de tilfeller der et fast driftssted beliggende i utlandet skifter eier, og hvordan medlemslandene skal gjennomføre beskatningen av disse. Artikkel 10 faller inn under bestemmelsene for allerede kvalifiserte transaksjoner, og spørsmålet blir derfor å karakterisere under spørsmålet om vern av skattefundamenter her. Norge har skatteavtaler med EU-land som følger både kredit- og unntaksmetoden. I de tilfelle hvor kreditmetoden benyttes, bør vel også Norge innta regler om at det gis fradrag for den skatt som ville blitt ilagt dersom ikke Fusjonsbeskatningsdirektivet kom til anvendelse. I praksis vil det per i dag si den skatt som ilegges, da EU-landene som den store hovedregel ikke er pliktig til å gi selskaper hjemmehørende i Norge begunstigende behandling. Per i dag kan Norge også i en viss grad beskatte realisasjon som medfører uttak fra norsk beskatningsområde, og en harmonisering av reglene vil derfor ikke innebære noen realitetsforskjell. I de land hvor unntaksmetoden benyttes, oppstiller Fusjonsbeskatningsdirektivet en regel om at underskuddsfremføringsrett som er innvilget kan tilbakeføres. Slik norsk rett er

²⁷⁸ På linje med den ulovfestede gjennomskjæringsregel i norsk rett.

utformet, vil jeg ikke se at dette vil by på noe problem, da Skatteloven § 9-4 ikke gir mulighet for slikt fradrag i første omgang, og noen tilbakeføring vil derfor ikke være aktuelt på et senere tidspunkt.

8.3 Aksjonærnivå

Aksjonærer i de involverte selskaper vil berøres både ved interne transaksjoner, ved grenseoverskridende omorganiseringer der norske selskaper er involvert og ved omorganiseringer mellom utenlandske selskaper der norske interesser kun er involvert på aksjonærnivå.

Innholdet i, behovet og begrunnelsen for kontinuitet, vil for de to første typer være i hovedsak sammenfallende med behandlingen på selskapsnivå. Til dette viser jeg til den foregående behandling. Her tar jeg bare for meg det siste alternativet; der norske interesser kun er involvert på aksjonærnivå.

Når det gjelder overføring av eiendeler utstedes vederlaget til selskapet. Behov og hensyn vil derfor være sammenfallende med vurderingen av skattelempe på selskapsnivå. Det vurderes derfor ikke mer inngående.

Etter § 11-22 oppstilles det et krav om at omorganiseringen skal tjene til rasjonalisering og effektivisering. Kontinuitet på aksjonærnivå medfører ikke direkte slike effekter, og det har derfor vært stilt spørsmål om dette i det hele kan godtas.

Av FINs gjennomgang i St.meld nr 16 (1997-98) og årlig i Ot.prp nr.1, kan man med god forankring trekke den konklusjon at kravet til rasjonalisering og effektivisering er fortolket innskrenkende i denne sammenheng, med den konsekvens at det ikke oppstilles et slikt krav på aksjonærnivå. Kravet om at ”omstendighetene i særlig grad taler for det” har blitt tilsvarende lempelig praktisert.

I FINs høringsnotat av 14.mars 1995 ble det stilt opp to mulige modeller for vilkår for fusjoner eller fisjoner som ikke skulle utløse beskatning på aksjonærnivå. I Skaug-utvalgets innstilling, side 443 flg, uttales det;

” Enten kunne fusjonen eller fisjonen kreves dokumentert gjennomført etter selskapslandets regler om skattefrihet, alternativt kunne omorganiseringen av de utenlandske selskapene kreves dokumentert gjennomført på samme måte som skattefri omorganisering av selskaper hjemmehørende i Norge. I høringsnotatet ble det siste alternativet foreslått.

I Ot.prp nr. 71 (1995-96) ble forslaget avvist. Departementet la vekt på at det vil være uforholdsmessig belastende og administrativt byrdefullt for ligningsmyndighetene å eventuelt måtte etterprøve påstander om hvordan den konkrete omorganiseringen har foregått og hvilke regler som gjelder for skattefrihet i det enkelte land. I forhold til det andre alternativet pekte departementet på at den praktiske nytten av en slik regel vil være begrenset til de tilfeller der det faktisk foreligger samsvar mellom norske regler og selskapslandets regler om selskapsomdannelser og beskatning av slike. Det ble pekt på at det i praksis vil kunne oppstå betydelig usikkerhet om hvor mye avvik fra norske regler som kan tolereres før aksjonæren eller deltakeren vil være utelukket fra skattefrihet i Norge. Departementet foreslo på denne bakgrunn ingen lovfesting, og at inntil videre burde således skattefrihet avhenge av konkret behandling etter Skatteloven § 11-22.”

Gjennomgangen i Ot.prp nr 1 viser at det treffes vedtak om skattelempning når fusjon eller fisjon av utenlandske selskaper gjennomføres etter i hovedsak norske selskapsregler.²⁷⁹

8.3.1 Fusjon og fisjon mellom 2 selskaper beliggende i samme land

Fusjonsbeskatningsdirektivet regulerer ikke spørsmålet om kontinuitet på aksjonærnivå når to selskaper hjemmehørende i en annen stat fusjonerer eller fisjonerer pga kravet om at det må være 2 medlemsstater involvert i transaksjonen, og at aksjonærer ikke regnes

²⁷⁹ Se til eksempel gjennomgangen for 2003-2004 pkt 21.5.3.

som part etter artikkel 1.²⁸⁰ Av den grunn vil det for eksempel være de danske regler for kontinuitet som kommer til anvendelse når to tyske selskap fusjonerer eller fisjonerer.

Det kan være belysende å se hvordan våre naboland regulerer disse spørsmål;

Dansk rett regulerer dette i Fusjonsskatteloven (FUSL) § 15, 6. stk for fusjoner, og § 15a, 6.stk for fisjoner. Det gis her anvisning på at kontinuitet er avhengig av tillatelse fra Skatteministeriet. I praksis er dette tolket slik at det oppstilles et krav om at det fremvises ”væsentlige ligheds punkter” mellom den utenlandske fusjon/fisjon og de danske regler.²⁸¹ Den manglende fellesskapsrettslige selskapsrett har blitt tillagt den virkning at enhver fusjon vil innebære likvidasjon, noe som ikke har ”væsentlige ligheds punkter” med dansk fusjon. Derfor har man i dansk rett ubetinget gitt avslag på kontinuitet for fusjoner innenfor EU-området. Dette er imidlertid blitt debattert i dansk rett, da FUSL har en egen definisjon av fusjon i § 1, tredje ledd. Denne definisjon begrenser seg ikke til sammenslutninger som har likhet med fusjon av aksjeselskaper, og henvisningen til ”væsentlige ligheds punkter” vil da være uoverensstemmende med lovens definisjon. Dessuten er det pekt på at så lenge danske fusjoner vil godtas med likvidasjon, vil det innebære diskriminering med utenlandske forhold når samtykke her ikke gis.²⁸² Det åpnes derfor for at de skatterettslige prinsipper i fremtiden vil bli lagt til grunn som kriterium.

I svensk rett behandles kontinuitet på aksjonærnivå for aksjonærer som et aksjebytte for aksjonærene etter Inkomsskattelagen kapittel 48a. Aksjebytte medfører ingen endring av de underliggende selskapsrettslige forhold, og det bør således ikke være grunn til å kreve likhets punkter med svensk fusjon/fisjon.²⁸³ Når svensk rett heller ikke skiller mellom fusjoner og fisjoner i én medlemsstat (Sverige eller en annen), to medlemsstater eller mellom medlemsstater og ikke-medlemsstater kan man legge til grunn at det er direktivets vilkår for skattemessig kontinuitet som må legges til grunn, jf neste punkt.

²⁸⁰ jf tolkningen av artikkel 1 over.

²⁸¹ Tfs 1999 s. 870 SKM2003.261.TSS, SKM2002.58.TSS
http://www.retsinfo.dk/GETDOCM/_ACCN/W20001157625-REGL

²⁸² Engdahl, Lena, Skat Udland nr 5 2003 s 146.

²⁸³ Wiman, ”Beskatning av företaksgrupper”, side 189-190, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

8.3.2 Fusjoner og fisjoner mellom 2 utenlandske selskaper beliggende i forskjellige land

Dersom det foretas en fusjon mellom et tysk og et fransk selskap, vil direktivet komme til anvendelse på den annen medlemsstats aksjonærer.²⁸⁴ Fusjonsbeskatningsdirektivets artikkel 8 oppstiller som hovedregel den samme rett til skattelempe på aksjonærnivå som på selskapsnivå, noe som innebærer at det gis rett til utsettelse med beskatningen av differansen mellom skattemessige og virkelige verdier og at de samme krav etter direktivet for øvrig er møtt. Heller ikke aksjonærer har mulighet til å skrive opp verdien på de mottatte vederlagsaksjer.

Skatteloven § 11-22 gir ingen anvisning på om skattelempe er mulig der selskaper fra flere enn 2 land er involvert i realisasjon av aksjer eller andeler, slik Fusjonsbeskatningsdirektivets art 1 åpner for, men det kan dermed heller ikke utelukkes.

Problemstillingen er aktuell på aksjonærnivå. Man kan tenke seg en situasjon der et norsk selskap A blir overtatt av et utenlandsk selskap B beliggende i land X, og at norske aksjonærer i selskap C beliggende i land Y har aksjer i A. I slike tilfelle vil det være nærliggende å anta at man ikke kan forskjellsbehandle på aksjonærnivå mellom norske aksjonærer som har aksjer direkte i A eller indirekte gjennom C. Det vil være en fordel om en slik rett lovfestes eller forutsettes ved en harmonisering med direktivet, spesielt der land Y er hjemmehørende i et EU- eller EØS-land. Alternativet er at selskap C må gjennomføre et aksjebytte i A, slik at aksjonærer i A får aksjer i C før selskapet blir fusjonert med B for å unngå beskatning. Slike transaksjoner vil ofte også ligge utenfor aksjonærene i Cs kontroll, med mindre de har stemmeflertall i C. Når norsk rett åpner for at det kan gjennomføres skattelempe på aksjonærnivå selv om aksjonærene ikke har kontroll i det involverte selskap, vil en slik løsning være en naturlig konsekvens.

²⁸⁴ Hva som er mulig i praksis er avhengig av den fellesskapsrettslige selskapslovgivning.

8.3.3 Aksjebytte

Fusjonsbeskatningsdirektivets artikkel 1 er tolket utvidende i relasjon til aksjebytte, slik at direktivet kommer til anvendelse på transaksjoner både der aksjebytte skjer mellom selskaper i samme land og der to selskaper fra forskjellige land er involvert.

I begge situasjoner følger det av artikkel 8 at aksjonærene har krav på skattelempe dersom de skatterettslige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, jf behandlingen av artikkel 8 over. Det stilles ikke noe videre krav til den underliggende selskapsrett.

Slik Finansdepartementet har tolket kravet til effektivitet og rasjonalisering, bør det legges til grunn at kontinuitet på aksjonærnivå bør være mulig både der to selskaper fra samme stat er involvert, og der to selskaper fra forskjellige land er involvert, jf bla FINs uttalelse vedrørende skattelempe for norske aksjonærer ved den mulige fusjonen mellom RCCL og Princess.

8.3.4 Aksjer eiet i næring

For en utenlandsk kjøper i norsk bedrift, avhenger nødvendigheten av å foreta en fastsettelse av inngangsverdi av hans hjemlands regler, da han normalt ikke beskattes for eventuell gevinst i Norge. Dersom den utenlandske kjøper derimot driver virksomhet i Norge, og aksjekjøpet anses som en del av driften av virksomheten, kan et fremtidig salg måtte tas med i beregningen av selskapets inntekt etter Skatteloven § 5-1 og den relevante skatteavtale. Kjøperen anses som norsk, enten med alminnelig²⁸⁵ eller begrenset²⁸⁶ skatteplikt.

Den tidligere Omdanningsloven²⁸⁷ la opp til at en norsk aksjonær i et utenlandsk selskap kunne innvilges samtykke til kontinuitet når aksjene er eiet ”i næring”, men var taus om det skal gis samtykke til skattemessig kontinuitet når aksjene er eiet utenfor næring.

Likevel har Finansdepartementet ansett at ”reelle grunner” og hensynet til likebehandling taler for å unnlate å beskatte aksjonærer bosatt i Norge, selv om aksjene ikke er eid i næring.

²⁸⁵ Skatteloven § 2-2, sjette ledd.

²⁸⁶ Skatteloven § 2-3.

²⁸⁷ nå § 11-22.

Heller ikke etter direktivet oppstiller man krav om at aksjene må være eiet i næring. Dette har tidligere vært diskutert i fremforhandlingen av direktivet, men løsningen begrunnes med at i et fritt marked, med uavhengige parter, vil også aksjonærer som ikke eier aksjer i næring vurdere skattekonskvensene som en del av prisen. Blir skattekonskvensene for store, vil prisen som kreves bli for høy. Det kan hemme ellers tjenlige transaksjoner fra å bli gjennomført.

8.3.5 Konklusjon

Konklusjonen etter dette må bli at norsk rett må antas å være på linje med Fusjonsbeskatningsdirektivet for innholdet i skattelempen og subjektsspørsmålet, men for grunnlaget og utstrekningen av hvilke situasjoner som omfattes er det en betydelig forskjell ved at Fusjonsbeskatningsdirektivet legger de skatterettslige vilkår til grunn. For de tilfelle Fusjonsbeskatningsdirektivet ikke kommer til anvendelse, må man se hen til de ulike lands regulering. En del stater legger vekt på de skatterettslige reglene, mens andre henviser til de selskapsrettslige regler. Utviklingen går nok i retning av at de skatterettslige prinsipper bør være kriteriet for kontinuitet, noe Skaugeutvalget også synes å ha tatt til etterretning.²⁸⁸

8.4 Prosessuelle vurderinger

En åpenbar forskjell mellom Fusjonsbeskatningsdirektivet og samtykkeordningen ligger på prosessuelt nivå. Regelsettene har diametralt motsatt utgangspunkt, ved at Fusjonsbeskatningsdirektivet gir rettskrav på skattelempe dersom visse vilkår er oppfylt, mens samtykkeordningen innvilger skattelempe unntaksvis, dersom visse grunner taler for det og er tilstede.

En vurdering av regelsett med så store avvik, må gjøres i lys av de underliggende hensyn. Det bør etter min mening kunne slås fast at begge tar hensyn til

²⁸⁸ NOU 2003:3 pkt 13.3.4 i.f.

effektiviseringsbehovet og vernet av skattefundamenter. Samtykkeordningen ved å foreta konkrete, individuelle prøvelser av det aktuelle behov og konsekvenser, mens direktivet benytter en ordning med allerede foretatte avveininger uttrykt i materielle krav.

Hensynet til forutberegnelighet er et sentralt hensyn. Utgangspunktet må være at et diskresjonært skjønn som samtykkeordningen legger opp til, gir et klart svakere vern for forutberegnelighet. Praksis over en lang periode, som etter Omdanningsloven og den nåværende regulering i § 11-22, gir mulighet for å danne seg mer velfunderte oppfatninger av ens rettsstilling. Den begrensede og meget generelle gjennomgang av Finansdepartementets praksis reduserer imidlertid betydningen av dette. Klare materielle krav er således klart å foretrekke.

Administrative hensyn tilsier en hurtig, effektiv og tilfredsstillende saksbehandling. Det bør konkluderes med at klare materielle krav stiller mindre krav til administrative vurderinger, og således er å foretrekke. Det kan innvendes at tolkningstvil om de materielle krav kan føre til øket bruk av rettsapparatet og rettsøkonomiske belastninger i et større format. Det sentrale må imidlertid være at bedriftene får gjennomført omorganiseringer innen rimelig tid, og at Finansdepartementet ikke pålegges kontrolloppgaver av mindre viktighet, som går utover kvaliteten og dybden i problemstillingene.²⁸⁹

Når det gjelder likebehandling kan man vel enkelt fastslå at i forhold til både nasjonale forhold og våre handelspartnere er det å foretrekke å oppstille bindende materielle vilkår. Omorganiseringer i Norge behandles som hovedregel etter et system med rettskrav, selv om aksjebytte og overføring av eiendeler er underlagt samtykkekrav. I forhold til Fusjonsbeskatningsdirektivet legges det opp til bruk av materielle krav. I denne sammenheng skal det bemerkes at noen land, spesielt Danmark, benytter en betydelig grad av krav om godkjennelse. All den tid det er snakk om et direktiv som må implementeres, er det ikke gitt at det ikke er et innslag av skjønnsvurderinger. Det kan derfor ikke slutes at norsk rett ubetinget vil avvike fra våre nærmeste handelspartnere om vi benytter en ordning med innslag av samtykke.

²⁸⁹ Finansdepartementet er av samme oppfatning, jf Ot.prp nr 1(2003-2004) pkt 21.6

9 Gjensidighetsbetraktninger.

9.1 Innledning

Det er viktig at dersom norsk rett åpner for å gi aksjonærer og selskaper skattelettelse i form av skatteutsettelse ved kontinuitet ved internasjonale omorganiseringer, at vi tar i betraktning den plikt andre stater har til å ta hensyn til oss.

Spørsmålet om gjensidighet vil nødvendigvis måtte vurderes ut i fra 2 innfallsvinkler; om og i hvilken grad EU-landene har plikt til å gi norske selskaper samme behandling som EU-landenes selskaper, og hvilken metode Norge kan benytte for å sikre sine skattefundamenter dersom vi ensidig åpner for skattelempe for EU-selskaper.

9.2 EUs forpliktelser overfor Norge

Rettskildemessig anser jeg det mest korrekt først å gå igjennom gjensidighetsforholdet i sekundærretten. Finner man ikke tilstrekkelig vern her, må man drøfte primærretten nærmere. Metodikken er i stor grad sammenfallende med behandlingen av norsk rett og EF/EØS-rett²⁹⁰, og det vises for dette spørsmål til denne.

Etter Fusjonsbeskatningsdirektivet art 1 er medlemsstatene i EU forpliktet til å gi skattelempe der to eller flere medlemsstater er involvert. Dette skaper homogenitet mellom EU-landene, men det er ikke dermed sagt at det samme gjelder overfor EØS-stater som ikke er kvalifiserende etter direktivet.²⁹¹ Sekundærretten hjemler altså ikke

²⁹⁰ oppgavens del 2

²⁹¹ dvs EFTA-statene.

noen binding for EU-medlemsstatene til å gi selskaper hjemmehørende i Norge skattelempe ved grenseoverskridende omorganiseringer.

Deretter blir spørsmålet om et krav om gjensidighet kan tolkes ut av bestemmelser eller prinsipper av overordnet rang. Som jeg var inne på i gjennomgangen av norsk rett og EF/EØS-retten, vil dette kunne utledes av det generelle ikke-diskrimineringsprinsippet i art 4 EØS/ 12EF, eller restriksjonsforbudet ved den frie etableringsrett.

Først må det undersøkes om det foreligger en restriksjon eller diskriminering.

Det faktum at norske selskaper som er involvert i en omorganisering ikke vil få samme behandling som medlemsstatenes selskaper, vil kunne rammes av restriksjonsforbudet i EØS art 31²⁹² eller det generelle diskrimineringsforbudet.²⁹³

Spørsmålet blir heretter om diskrimineringen kan godtas. Eventuelle hensyn som etter EF-domstolens praksis kan komme til anvendelse er effektiv skattekontroll, sammenhengen i skattesystemet og hensynet til å motvirke skatteflukt.

I behandlingen av disse spørsmål, har EF-domstolen i saker som gjelder medlemsstatene vurdert de allmenne hensyn opp mot ønsket om og behovet for et fungerende indre marked, derunder retten til fri etablering og fri bevegelighet. Domstolen har vært svært tilbakeholden med å godta diskriminering nettopp av disse hensyn.

Dette er et moment som trekker i retning av at EU ikke kan diskriminere norske selskaper. Spørsmålet blir i det følgende om situasjonen må vurderes annerledes der andre stater enn medlemsstatene er involvert, og i særdeleshet EØS-medlemsstater som Norge.

Den svenske teoretikeren Kristina Ståhl har vurdert disse spørsmål i forhold til to nylig avsagte dommer i den svenske Skatterättsnämnden²⁹⁴. Behandlingen gjelder konkret for fri flyt av kapital, jfr bestemmelsen i artikkel 56 nr 1 som i svensk tekst sier at;

²⁹² jf EF art 43

²⁹³ jf behandlingen i pkt 4.

” [i]nom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna”.

Poenget med behandlingen er å vise i hvilken grad svenske myndigheter er pliktig til ikke å diskriminere også medborgere fra andre stater enn EU-medlemsland.

Etter ordlyden og EF-domstolens behandling i *Sanz de Lera*²⁹⁵ og *Bordessa*²⁹⁶ kan man slå fast, slik Skatterättsnemden gjør det, at fri flyt av kapital også gjelder overfor tredjeland. Sakene det er henvist til fra EF-domstolen gjelder valutarestriksjoner, og *Sanz de Lera* bekrefter at slike restriksjoner kan være stridige også når det gjelder i forhold til tredjeland, slik det i *Bordessa* ble fastslått at det gjorde medlemsstater i mellom. Diskriminering vil imidlertid ikke konstateres uten å ha foretatt en tolkning av formålet med reglene om fri kapitalflyt, slik det fremstår i forhold til tredjeland.

Fri flyt av kapital er for EU-medlemslandene begrunnet i opprettelsen av et genuint felles kapitalmarked og – senere – en monetær union. For EØS-land er formålet et noe annet; frihandel og fri konkurranse. I henhold til EF-domstolen²⁹⁷ er det derfor ingen garanti for at bestemmelsene i avtalen og traktaten skal tolkes på samme måte, selv om de har fått likelydende ordlyd i EØS-avtalen.

Poenget etter dette blir at selv om EF-domstolen har lagt til grunn at valutarestriksjoner overfor tredjeland er i strid med art 56, må man for andre restriksjoner vurdere disse i forhold til formålet med regelen, dvs ønskemålet med den etter EØS-avtalen. Det konkrete spørsmålet her blir om skatterettslige hindringer kan anses som stridende mot retten til fri flyt av kapital når tredjelandet er et EØS-land.

²⁹⁴ RÅ 2000 ref. 40 og RÅ 2000 ref 38. Behandlingen er inntatt i SkatteNytt nr 9, for 2003 s.585 følgende.

²⁹⁵ Forent behandling av C- 163/94 og C-250/94 *Sanz de Lera* ECR [1995] I-4821

²⁹⁶ Forent behandling av C-358/93 og C-416/93 *Bordessa* ECR [1995] I -361

²⁹⁷ se uttalelse avgitt av domstolen 14 desember 1991, nr 1/91.

I teorien har *Mohamed*²⁹⁸ tatt til orde for at art 56.1 bør tolkes innskrenkende til bare å gjelde valutarestriksjoner og lignende. Som hovedargument trekker han frem at det vil oppstå store gjensidighetsproblemer om EU skal innvilge andre rettigheter rent unilateralt. Da ville andre stater kunne benytte det indre marked via bakveien. Han peker på at noe annet – og sentralt i min vurdering – måtte være avhengig av en avtale med, eller lovgivning i, tredjeland som sikrer resiprositet.

Kristina Ståhl er ikke like kategorisk, da hun mener at ordlyden i art 56 og EF-domstolens resonnement i *Sanz de Lera* viser at også andre mer indirekte begrensninger, som skattehindre, må omfattes. Etter hennes vurdering er det til syvende og sist de varierende formål som må betraktes.

Uansett hvilket standpunkt man tar, vil man måtte fortolke de foreliggende rettsregler og formålet i lys av dette lands posisjon ift det indre marked og graden av gjensidighet i bestemmelsene. En slik tilnærming skaper også god harmoni med kravet til ”relevans” når det er reist spørsmål om EØS art. 6 skal tolkes overensstemmende med likelydende EF-bestemmelser.

Avslutningsvis blir spørsmålet hvordan restriksjoner av skattemessig art kan betraktes når en EØS-stat som Norge er involvert som tredjeland etter art 56. Som nevnt er de aktuelle allmenne hensyn effektiv skattekontroll, sammenheng i skattesystemet og ønsket om å motvirke skatteflukt. All den tid Norge ikke har vedtatt likelydende regler som EU mht omorganiseringer legitimerer det i større grad bruken av skattekontroll som lovlig hensyn for forskjellsbehandling. EF-domstolen har i flere saker vært tilbakeholden med å godta skatteflukt og sammenheng i skattesystemet, fordi bestemmelsene har vært for upresise og sjablonmessig utformede.²⁹⁹ I forhold til andre land vil nok handlingsrommet i slike saker være større, før man konstaterer at skatteflukt ikke kan godtas.³⁰⁰

Art 56.1 gjelder bare i forhold til fri flyt av kapital, og det er bare her det er inntatt en konkret bestemmelse ift tredjeland. Som sagt gjelder ikke behandlingen

²⁹⁸ Mohamed S.; “*European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU*”, Kluwer og Norstedts 1999, s 217 flg.

²⁹⁹ C-436/00 *X og Y*, 2002 I-10829, C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, EFDs dom 12. desember 2002.

³⁰⁰ Ståhl, *Kristina SkatteNytt* nr 9, 2003 s. 596

etableringsretten, som jeg under behandlingen av norsk rett og EF/EØS-retten la til grunn var det avgjørende ved omorganiseringer som følge av *Baars*.

Imidlertid er mitt poeng med den foregående behandling, at EUs stillingtagen til medlemsstatenes traktatfestede plikt til å hindre diskriminering av de land som er underlagt traktaten, avhenger av gjensidigheten i formål og lovregulering i disse. Selv om man kan konkludere med at det foreligger forskjellsbehandling, vil man lett komme til det resultat at forskjellsbehandling må godtas, nettopp fordi vi ikke har likelydende regulering som medlemsstatene i EU. Dersom man derimot inntar bestemmelser med samme karakter som medlemsstatene, vil det være vanskeligere for medlemsstatene å påberope seg at restriksjonene må bedømmes annerledes for EF-domstolen der Norge er involvert. Da er man kommet et langt skritt på vei mot gjensidighet med EU-medlemsstatene. Man kan da spørre seg om ikke art 1 i Fusjonsbeskatningsdirektivet må tolkes innskrenkende i forhold til den frie etableringsrett.

9.3 Norges tilnærming til EU

9.3.1 Innledning

Det fremgår av den foregående behandling at verken primær- eller sekundærretten i EU p.t. gir et tilstrekkelig vern for norske skattefundamenter i et gjensidighetsperspektiv.

Etter direktivet er ikke medlemsstatene bundet til å nekte andre land samme skattemessige behandling etter direktivet som rettssubjekter i EU. Danmark, Storbritannia³⁰¹ og Sverige åpner for at norske bedrifter har like muligheter. I en viss utstrekning vil man derfor allerede ved en lovendring oppnå gjensidighet.

³⁰¹ Men Storbritannia har ikke gjennomført fusjon og fisjon som kvalifiserende transaksjonsformer.

9.3.2 Kvalifikasjon etter Fusjonsbeskatningsdirektivet

Det sentrale mål for Norge vil være å oppnå likebehandling med alle EU-medlemsstatenes bedrifter i spørsmålet om rett til skattelempe ved grenseoverskridende omorganiseringer.

Etter min mening har Norge muligheten til å søke direkte forhandlinger med EU med hensikt å få til en utvidelse av Fusjonsbeskatningsdirektivets art 1, til også å gjelde situasjoner der i Norge hjemmehørende selskaper er involvert. Det fremstår som noe uklart om en eventuell utvidelse vil kunne oppnås ved en utvidende tolkning av direktivet, en avtale med EU eller om det må kreves et endringsvedtak i direktivs form. Fellesskapet har i visse tilfelle mulighet til å tolke direktivet utvidende. Eksempelvis ble Rådet og Kommisjonen enige om å tolke presumsjonene i art 11 første ledd a) utvidende til å gjelde gjensalgssituasjoner. På den annen side vil en utvidelse av direktivet til å omfatte Norge innebære en potensiell svekkelse av medlemsstatenes myndighet, i motsetning til nevnte situasjon, der den utvidende tolkningens medfører et sterkere vern for skattefundamentene. Om Fellesskapet, med hjemmel i artikkel 310 har enekompetanse eller i det minste kompetanse eller til å inngå en assosieringsavtale som det her er snakk om, eller om det må fattes et endringsvedtak med enstemmighet etter art 94, går jeg ikke nærmere inn på. Poenget er at prosedyren og den reelle muligheten for en slik avtale vil avhenge av kompetansereglene i EU. Slik det fremgår av drøftelsen, vil det imidlertid uansett kreves at vi implementerer direktivet på en tilfredsstillende måte.³⁰²

Får man ikke gjennomslag i slike forhandlinger, kan det være aktuelt å bringe spørsmålet inn for den relevante domstol for brudd på retten til fri etablering i EØS-området, jf drøftelsen over.

³⁰² jf traktaten art 12.

9.3.3 Avgrensning mot andre land

Skulle det ikke være mulig å oppnå gjensidighet på det nevnte grunnlag, har man ytterligere muligheter for å oppnå gjensidighet. I gjennomgangen av disse, er det også sentralt at man tar hensyn til en avgrensning mot andre stater, slik at våre skattelemperegler ikke får en ensidig karakter ift disse.

9.3.3.1 Generelle regler med gjensidighetsvilkår

Ett alternativ er å vedta generelle regler som oppstiller et gjensidighetsvilkår. I disse tilfelle vil det bare være stater med likelydende regler som oss/EU-landene som vil kvalifisere. Det kan oppstå en mulighet for at også andre land må anses å kvalifisere. I hovedsak vil ikke dette by på noe problem, da det i og for seg ikke ligger noe incentiv til å begrense fordelene til andre land, så lenge de behandler oss på samme måte, men det kan oppstå situasjoner der skattelempe må tillates med lavskatteland som kan medføre skattetilpasninger.

9.3.3.2 Bruk av skatteavtaler

Det andre alternativet er å vedta reglene i skatteavtaleform, med medlemsstatene i EU. Da vil man oppnå en klar avgrensning mot andre stater, i og med at man ikke er bundet til å vedta likelydende skatteavtaler med andre land. Skatteavtalene kan tenkes vedtatt individuelt med hvert land, eller evt med EU som helhet. Her oppstår det imidlertid også visse vanskeligheter. Dersom man velger å inngå avtaler med hvert land, må man ta i betraktning direktivenes forskjellige implementering i de ulike medlemsstatene. Dette kan medføre at skatteavtalene får forskjellig karakter og blir uoversiktlige. Dette svekker forutberegnelighetshensynet. Om man ønsker å vedta en felles skatteavtale med EU, har man et lovgivningsteknisk problem på norsk side, da skatteavtaleloven³⁰³ bare åpner for inngåelse av avtale med ”fremmed stats regjering”. I så fall må det enten vedtas i en egen lov, eller så må 1949-loven endres slik at det åpnes for avtaleinngåelse med et overstatlig organ.

³⁰³ lov av 28. juli 1949 nr 15

9.3.3.3 Nordisk tilnærming

Skulle det ikke lykkes å gjennomføre noe av det ovenstående, eller man finner at det ikke er ønskelig, kan et kompromiss være å fremme gjensidighet på nordisk nivå. I Nordisk Ministerråds rapport av 2001, utarbeidet av den danske professor *Erik Werlauff*, er det tatt til orde for at man på nordisk nivå kan utarbeide felles regler for skattelempe ved fusjon, fisjon, overføring av eiendeler og aksjebytte. Med dette vil norske skattefundamenter sikres på en gjensidig plattform.³⁰⁴ Werlauff tenker seg her muligheten for en felles selskapsrettslig regulering, slik at fusjoner og fisjoner også blir mulig å gjennomføre.

9.4 Vurderinger

De betraktninger som er gjort i det foregående, er teoretiske innfallsvinkler til hvordan man kan løse spørsmålene rundt ensidighet/gjensidighet. Det er ikke gitt at EU-medlemsstatene er interessert verken i å inngå skatteavtaler med Norge eller tolke/revidere artikkel 1 i Fusjonsbeskatningsdirektivet slik at også norske bedrifter vil oppnå skattelempe etter direktivets ordning. Det kan heller ikke legges til grunn at EFTA/EF-domstolen vil anse at det foreligger klare nok brudd på retten til fri etablering til at artikkel 1 ikke kan anvendes etter sin ordlyd. All den tid det ikke foreligger nødvendig felles underliggende selskapsrett, vil jeg anta at EF-domstolen vil være tilbakeholden med å konstatere traktatbrudd fordi medlemsstatene ikke har inkorporert direktivet tilstrekkelig og at det således foreligger brudd på retten til fri etablering. Når/om den felles underliggende selskapsrett vil være tilstede, vil nok manglende implementering ha et svakere vern. Da vil det kunne konstateres brudd på EU-nivå, og sannsynligvis også etter EØS-avtalen.

³⁰⁴ http://kultur.norden.org/fusion/fusions_overtagelse.htm

10 Avsluttende betraktninger

Selv om norsk rett og Fellesskapet benytter forskjellige metoder for å løse de skatterettslige problemstillinger som reiser seg ved grenseoverskridende transaksjoner, må man kunne legge til grunn at vilkårene for skattelempe og utstrekningen av den i hovedsak er sammenfallende. Når man tar i betraktning at de viktigste hensynene bak reguleringen er muligheten for bedrifts- og samfunnsøkonomiske omorganiseringer og vern av skattefundamenter, er samtykkeordningen i § 11-22 ikke noe dårligere instrument enn reguleringen i Fusjonsbeskatningsdirektivet. Det som taler sterkest for en lovfesting av samtykkereglene, er hensynet til forutberegnelighet og administrative hensyn.

En stor svakhet med Fusjonsbeskatningsdirektivet, er at det for formene for fusjon og fisjon bygger på underliggende selskapsrettslige foranstaltninger. Når disse ikke er tilstede, medfører det at Fusjonsbeskatningsdirektivet ikke fungerer etter sitt formål og at det også medlemslandene i mellom eksisterer betydelige hindringer for grenseoverskridende omorganiseringer. For Norges del innebærer det at en restriktiv holdning til skattelempe for disse transaksjonsformene ikke stiller norske bedrifter i en svakere stilling enn konkurrenter hos våre handelspartnere i EU. Det medfører også at norsk rett i hovedsak ikke kan anses å være i strid med EØS-avtalen, og (dessverre) også at det blir vanskelig å oppnå gjensidighet med EU-landene dersom vi velger å innta mer lempelige regler. P.t ser jeg derfor ikke noe behov for å innta lovregler for fusjon og fisjon som gir skattelempe ved utflytting.

For aksjebytte og overføring av eiendeler ser jeg imidlertid ikke særlige motforestillinger mot å gi disse transaksjonsformer et rettskrav på skattelempe.

Utviklingen i EU, med inntakelsen av SE-forordningen og det arbeidet som pågår i Kommisjonen for å få til en felles selskapsrett, medfører at lovgiver må være oppmerksom på de plikter og muligheter dette fører med seg. Muligheten for fusjon og fisjon over landegrensene og opprettelsen av en selskapsform som kan operere i alle EUs medlemsstater, gir potensiale for smidigere omorganiseringsmuligheter i Fellesskapet. Om norske bedrifter ikke skal bli akterutseilt i denne utviklingen, må lovgiver være oppmerksom og åpen for endringer. Utviklingen kan også få rettslige

konsekvenser for de norske regler etter prinsippet om fri etablering. På den annen side åpner det også for at EUs medlemsstater, som følge av EØS-avtalen kan bli bundet til å gi norske selskaper samme fordeler som selskaper hjemmehørende i Fellesskapet.

Ved en eventuell harmonisering, er det et viktig poeng at Fellesskapets direktiv bygger på en forutsetning om inkorporering. Dette gir også Norge et visst spillerom for hvordan vi ønsker å utforme vår lovgivning, så lenge den ligger innenfor de rammer direktivet trekker opp.

11 Forkortelser

ECR	European Court Reports
EFTA	European Free Trade Association
ESA	EFTAs overvåkningsorgan (European Surveillance Agency)
EU	Den europeiske union (European Union)
EØS	Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde
FIN	Finansdepartementet
KOM/KOM	Europa-Kommisjonens dokumenter
NOU	Norges Offentlige Utredninger
NSA	Nordisk Skatteavtale
Ot.prp	Odelstingsproposisjon
SFS	Sentralskattekontoret For Storbedrifter
Sml	Samling af Domstolens afgjørelser
St.meld	Stortingsmelding
Utv.	Dommer, uttalelser mv. i skattesaker og skattespørsmål

12 Lovregister

Norge

Lov av 28. juli 1949 nr 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbelt beskatning mv. (Skatteavtaleloven)

Lov av 9. juni 1961 nr 16 (Omdanningsloven),

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven)

Lov av 13.juni 1997 nr 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov av 13.juni 1997 nr 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

Lov av 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Internasjonale avtaler:

OECDs mønsteravtale av 1977 art. 23:”Convention of Double Taxation of the Organisation for Economic Cooperation and Developement”.

Konvensjonen av 25. januar 1988 om gjensidig bistand om gjensidig bistand i skattesaker

Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue, (Nordisk Skatteavtale) (NSA)

EU

Traktat om opprettelse av Det europeiske økonomiske Fællesskab – Roma 25.mars 1957. (Romatraktaten)

Direktiv 79/77EØF om gjensidig bistand i skattesaker

Direktiv 78/855EØF om fusjoner af aktieselskab med hjemmel i traktatens artikkel 54 stk 3 litra g)

Fisjonsdirektivet, sjette selskapsdirektiv,

The Mergers Directive, 90/434 EEC (Fusjonsbeskatningsdirektivet)

The Parent/subsidiary-directive 90/435EEC (Mor-/datterdirektivet)

The Arbitration Convention 90/436EEC (Voldiftsdirektivet)

Traktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union, traktatene om oprettelse af De Europæisk Fællesskaber og visse tilknyttede akter, underskrevet 2. oktober 1997 (Amsterdamtraktaten)

Forordning nr 2157/2001 av 8. oktober 2001 om statutter for det europeiske selskap (SE-forordningen)

Rådets direktiv 2001/86EF af 8. oktober 2001 om fastsettelse av supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse. (Medarbejderdirektivet)

Lovgivning i andre land

Fusionsskatteloven, (FUSL) § 15c, stk 2 (Danmark)

Innkomstskattelagen (IL) kap 25, §§ 6-27 (Sverige)

Netherlands' Corporations Tax Law Act of 1969"; artikkel 28 (Nederland)

SEL § 2, første ledd, litra a (Danmark)

Skatteflyktslagen (Sverige)

TCGA 140A(1)(b) (Storbritannia)

UmwStG (UmwandlungSteuerGesetz) § 20(4) 1. setning, § 23 første ledd, første pkt (Tyskland)

Forarbeider

Norske utredninger, proposisjoner, uttalelser

St. meld nr 45. for 1965-66.

Ot.prp nr 52. (1989-90)?

Ot.prp. nr. 16 (1991-92) s. 90

FINs høringsnotat av 14.mars 1995

Ot.prp nr 71. (1995-96)

Ot.prp nr 17. (1995-96)

St.meld nr 16. (1997-98) side 26

Ot.prp. nr 1. (2000-2001) pkt 18.7, s. 146

Finansdepartementets høringsnotat av 28. juni 2001

St.meld nr 27. (2001-2002) om EØS-samarbeidet 1994-2001 s. 85

Ot.prp nr 1. (2001-2002) s. 102

Ot.prp nr 1. (2002-2003)

Ot.prp nr 1 (2003-2004)

Uttalelse fra Finansdepartementet 9. april 2002

NOU: 2003:3 pkt 13.3 Skaugutvalgets innstilling.

EU

Kommisjonens ”1967 – Program” av 26.juni 1967

Com 69, 5 Kommisjonens førsteutkast til fusjonsbeskatningsdirektiv;

OJ No. C 35, 14 Februar 1975. s 1. ”*the Council Resolution of 10 February 1975 on the measures to be taken by the Community to combat international tax evasion and tax avoidance*”

COM (80) 203 Final: Kommuniké fra Kommisjonen til Rådet 29. April, 1980

Document COM (90) 595 final og 24. january 1991

Communication of 20. April 1990 *on the Guidelines of Enterprise Taxation* (SEC (90) 601 Final

COM 2001 (214) s 9 og 14;

Sec (2001) 1681 (final) ”*Company taxation in the internal market*”

Kom (2001) 582 (final) ”*Towards an Internal Market without tax obstacles; a strategy for providing companies with a consolidated tax base for their EU-wide activities*”

IP/01/1468 Bruxelles, den 23. oktober 2001

Andre land

SOU 1998:1, s 196-197 proposisjon til ny Inkomsskattelag (IL)

Nordisk Ministerråds rapport av 2001

SOU 2002/03:15 proposisjon til Andelsbytelagen

13 Domsregister

Rettspraksis og uttalelser fra Norge

Dom inntatt i Utv. 1978 s. 484

Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1997 s. 1093,

Finansdepartementets uttalelse Utv. 1997 s. 1093

Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1998 s. 838.

Uttalelse fra SFS i Utv 1998 s. 224

Rt.2000 s. 1811. (Finanger-dommen)

Rt. 2002.391 (God Morgen)

Avgjørelser og uttalelser fra EFTA-domstolen og ESA

E-1/94 Ravintoloitsijan Liiton Kustannus Oy Restamark, EFTA Court Report [1994-95]

15

E-6/96 Tore Wilhelmsen mot Oslo Kommune, EFTA Court report [1997]. 53,

Decision No. 164/98/COL av 1. juli 1998. (ESA)

Avgjørelser og uttalelser fra EF-domstolen

C- 270/83, Kommissjonen mot Frankrike (Avoir Fiscal), ECR [1986] I-3663

C-81/87 The Queen mot H.M. Treasury og CIR ex parte Daily mail and General Trust Plc, ECR [1988] I-5483

C-175/88 Klaus Biehl mot Administration des contribution du grand-duché de Luxembourg ECR [1990] I-1779

C-221/89 Factorfame II ECR [1991] I-3905

C-204/90 Hans Martin Bachmann mot Den belgiske stat, ECR [1992] I-249.

C-1/93, Halliburton Services mot Staatsecretaris von Financien, ECR [1994] I-1137.

C-23/93 TV 10 ECR [1994] I-4795

Forent behandling av C-358/93 og C-416/93 Bordessa ECR [1995] I -361

C-484/93 Peter Svensson et Lena Gustavsson mot Ministre du logement et de l'Urbanisme, ECR [1995] I-3955, premiss 10,

C-80/94, Wielockx mot Inspecteur der Directe Belastingen, ECR [1997] I-2493

C-151/94 Kommissjonen mot Luxembourg ECR [1995] I-03685
Forent behandling av C- 163/94 og C-250/94 Sanz de Lera ECR [1995] I-4821
C-28/95, Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst ECR [1997] I-4161
C-222/95, Parodi, dom av 9.juli 1997 ECR. [1997] I-3899.*
C-118/96 Jessica Safir mot Skattemyndigheten i Dalarnas Län, ECR. [1998] I-1897
C-264/96, ICI mot Kenneth Hall ECR [1998] I-4695, premiss 26;,
C-367/96 Kefalas ECR [1998] I 2843
C-212/97 Centros ECR [1999] I-1459
C-222/97 Trummer og Mayer, ECR [1999] I-1661, premiss 26,
C-439/97 Sandoz ECR [1999] s. I-7041, premiss 31
EFT 1997 C 220/15. Meddelelse fra kommisjonen om visse juridiske aspekter ved EU-interne investeringer.
C-35/98, Verkooijen ECR [2000] I-4071, premiss 34 og 35.
C-251/98 Baars mot Inspecteur der Belastingen Particulieren ECR [2000] I-2782
C-110/99 Emsland-Stärke dom av 14. des 2000
C-43/00, Andersen & Jensen, dom av 15. jan 2002
C-324/00 Lankhorst-Hohorst, dom av 12. desember 2002
C-436/00 X og Y, ECR [2002] I-10829,

Andre land

Danmark

TfS 1993 s 279 LR
Tfs 1994.533.
TfS 1995 s 152 LR
TfS 1995, s 813, *Alex Dalgaard*.
TfS 1996 s 668 LR
TfS 1996 s 821 LR
TfS 1996 s 899 Skd.
Tfs 1999 s. 870
Tfs 2000 s 274 T&S
Ligningsrådets avgjørelse 21.mars 2000
TfS 2000. 568 LR

TfS 2001. 747 TSS

TfS 2001.748 TSS

SKM2002.58.TSS

SKM 2002.514 TSS.

Tfs 2002.133

SKM2003.261.TSS,

Tyskland

Federal Tax Gazette I 1978 at 235, text no.45; German Corporation Tax Act; Bindende uttalelse fra det tyske finansdepartementet 16.06.1978; IV B 2 – S 1909-8/78;

Sverige

RÅ 2000 ref. 40 og RÅ 2000 ref 38. (Skatterättsnemden)

14 Litteraturregister

Norsk litteratur

Dajani, Leegard, Ongre; *"EØS-avtalen og norsk skatterett"*, s. 61.

Gjems-Onstad *"Bedriftsskatterett"* 4.utg pkt 43.9.3a

Liland/Nordbø, *"Internasjonal skattekåndbok"* 2002, pkt 19.7

Utenlandsk litteratur

Clayson, *International Tax Review*, des. 1990/januar 1991 s. 38

DRT International: *International Acquisitions, Mergers and Reorganisations in Europe*, New York, 1990.

Gambier, *"Les impôts en France 20"*, 1988-89

Grotherr; *"Begünstigende und steuerverschärfende Änderungen im UmwStG durch das Standortsicherungsgesetz"*, *"Der Betrieb"*, 1993 s 807 og 809.

Engdahl, Lena, *"Skat Udland"* nr 5 2003 s 146.

Herzig/Dautzenberg/ Heyeres s. 10

Mohamed S.; *European Community Law on the Free Movement of Capital and the EMU*, Kluwer og Norstedts 1999, s 217 flg.

Ståhl, Kristina "Den fria rörligheten for kapital mellan EU och tredje land", *SkatteNytt* nr 9 for 2003, s. 585 flg.

Terra, Wattel, *"European Tax Law"* third edition 2001, Kluwer law International. S. 56

Thömmes, Otmar: "*EC Corporate Tax Law*", IBFD 1991, s 25

Nikolaj Vinther; "SE-selskabet og dets skatteretlige status" Tfs 2002. 693.

Werlauff, Erik; "*SE-selskapet – det europeiske aktieselskab*" Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2002, s 2

Wiman, Bertil "*Beskattning av företaksgrupper*", side 189-190, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

15 Lenker

http://europa.eu.int/eur-lex/da/com/cnc/2001/com2001_0214da01.pdf

<http://www.retsinfo.dk/GETDOCM/ACCN/W20001157625-REGL>

<http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/utredninger/NOU/006001-020018/index-hov013-b-n-a.html>

http://kultur.norden.org/fusion/fusions_overtagelse.htm

<http://www.lexetius.com/2002/4/1832.html>

http://www3.ssb.no/statistikbanken/ny_fr.asp

<http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/otprp/006001-050041/index-hov015-b-n-a.html>

<http://odin.dep.no/fin/norsk/publ/otprp/006001-050051/index-hov021-b-n-a.html>

http://www3.ssb.no/statistikbanken/ny_fr.asp

16 Vedlegg

Vedlegg I

The Mergers Directive, 90/434 EEC (Fusjonsbeskatningsdirektivet), Engelsk versjon (8 sider)

Vedlegg II

Rådsdirektiv 90/434 av 23 juli 1990 om fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning av aktier vedrørende selskaber i de forskjellige medlemsstater (Fusjonsbeskatningsdirektivet) Dansk versjon (7 sider)

Vedlegg III

Forordning nr 2157/2001 av 8. oktober 2001 om statutter for det europeiske selskap (SE-forordningen) (21 sider)

Vedlegg IV

Rådets direktiv 2001/86EF af 8. oktober 2001 om fastsettelse av supplerende bestemmelser til statutt for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse. (Medarbejderdirektivet) Dansk versjon (11 sider)